

v. 10 • n. 18 • dic. 2013
Semestral

Edición en Español

INFORMACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

Sérgio Amadeu da Silveira

Aaron Swartz y las Luchas por la Libertad del Conocimiento

Alberto J. Cerda Silva

Internet Freedom no es Suficiente:
Hacia una Internet Fundada en los Derechos Humanos

Fernanda Ribeiro Rosa

Inclusión Digital como Política Pública:
Disputas en el Campo de los Derechos Humanos

Laura Pautassi

Monitoreo del Acceso a la Información
desde los Indicadores de Derechos Humanos

Jo-Marie Burt y Casey Cagley

Acceso a la Información, Acceso a la Justicia:
Desafíos para la Transparencia en Perú

Marisa Viegas e Silva

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas:
Seis Años Después

Jérémie Gilbert

Derecho a la Tierra como Derecho Humano:
Argumentos a favor de un Derecho Específico a la Tierra

Pétalla Brandão Timo

Desarrollo a Costa de Violaciones: Impacto de los Megaproyectos
sobre los Derechos Humanos en Brasil

Daniel W. Liang Wang y Octavio Luiz Motta Ferraz

¿Llegar a los Más Necesitados? El Acceso a la Justicia y el Papel
de los Abogados Públicos en Litigios en Materia de Derecho a la Salud
en la Ciudad de São Paulo

Obonye Jonas

Derechos Humanos, Extradición y Pena de Muerte:
Reflexiones sobre el Enfrentamiento entre Botsuana y Sudáfrica

Antonio Moreira Maués

Supralegalidad de los Tratados Internacionales
de Derechos Humanos e Interpretación Constitucional



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)
Upendra Baxi Universidad de Warwick (Reino Unido)

EDITORES

- Pedro Paulo Poppovic
Oscar Vilhena Vieira

COMITÉ EJECUTIVO

- Maria Brant - Editora Ejecutiva**
Albertina de Oliveira Costa
Conrado Hubner Mendes
Glenda Mezarobba
Hélio Batista Barboza
Juana Kweitel
Laura Waisbich
Lucia Nader

EDICIÓN

- Luz González
Francisca Evrard

REVISIÓN DE LAS TRADUCCIONES

- Carolina Fairstein (Español)
Ana Godoy (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

INFORMACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

SÉRGIO AMADEU DA SILVEIRA	7	Aaron Swartz y las Luchas por la Libertad del Conocimiento
ALBERTO J. CERDA SILVA	17	<i>Internet Freedom</i> no es Suficiente: Hacia una Internet Fundada en los Derechos Humanos
FERNANDA RIBEIRO ROSA	33	Inclusión Digital como Política Pública: Disputas en el Campo de los Derechos Humanos
LAURA PAUTASSI	57	Monitoreo del Acceso a la Información desde los Indicadores de Derechos Humanos
JO-MARIE BURT Y CASEY CAGLEY	79	Acceso a la Información, Acceso a la Justicia: Desafíos para la Transparencia en Perú
<hr/>		
MARISA VIEGAS E SILVA	103	El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: Seis Años Después
JÉRÉMIE GILBERT	123	Derecho a la Tierra como Derecho Humano: Argumentos a favor de un Derecho Específico a la Tierra
PÉTALLA BRANDÃO TIMO	147	Desarrollo a Costa de Violaciones: Impacto de los Megaproyectos sobre los Derechos Humanos en Brasil
DANIEL W. LIANG WANG Y OCTAVIO LUIZ MOTTA FERRAZ	169	¿Llegar a los Más Necesitados? El Acceso a la Justicia y el Papel de los Abogados Públicos en Litigios en Materia de Derecho a la Salud en la Ciudad de São Paulo
OBONYE JONAS	193	Derechos Humanos, Extradición y Pena de Muerte: Reflexiones sobre el Enfrentamiento entre Botsuana y Sudáfrica
ANTONIO MOREIRA MAUÉS	217	Supralegalidad de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos e Interpretación Constitucional

PRESENTACIÓN



SUR N°18 fue elaborada con la colaboración de las organizaciones Article 19 (Brasil y Reino Unido) y Fundar (México). En el dossier temático de este número, buscamos compilar análisis sobre las diversas relaciones entre información y derechos humanos, teniendo como objetivo último responder a las siguientes preguntas: ¿Cuál es la relación entre derechos humanos e información y cómo puede ser utilizada la información para garantizar los derechos humanos? Incluimos también en esta edición, artículos sobre otros temas relativos a la agenda actual de los derechos humanos.

Dossier temático: Información y Derechos Humanos

Hasta hace poco tiempo, muchas de las organizaciones de derechos humanos del Sur Global concentraban su acción en la defensa de las libertades que estaban amenazadas por regímenes dictatoriales. En ese contexto, su principal estrategia de acción era la denuncia, íntimamente vinculada a la constante búsqueda por el acceso a informaciones sobre violaciones y a la producción de una contra-narrativa que pudiera incluir las preocupaciones por los derechos humanos en los debates públicos. Al no encontrar resonancia en sus propios gobiernos, muchas veces las organizaciones dirigían sus denuncias a gobiernos extranjeros y a organizaciones internacionales, buscando persuadirlos para que ejercieran presión externa sobre sus propios países*.

Con la democratización de muchas de las sociedades del Sur Global, las organizaciones de derechos humanos comenzaron a reinventar su relación con el Estado y con los demás actores del sistema, así como su forma de dialogar con la población de los países en los que actuaban. Sin embargo, la persistencia de las violaciones aún luego del fin de las dictaduras y la falta de transparencia de muchos gobiernos del Sur, significaron que la producción de contra-narrativas continuó siendo una gran herramienta de acción, de las organizaciones. La información, por lo tanto, continuó siendo su principal materia prima, ya que el combate a las violaciones requiere necesariamente el reconocimiento de las mismas (lugares donde ocurren, principales agentes involucrados, tipo de víctimas y frecuencia con la que ocurren, etc.). Las denuncias, sin embargo, en otros momentos destinadas a gobiernos extranjeros y a organizaciones internacionales, comenzaron a ser dirigidas a los actores locales, con la expectativa de que estando informados sobre las violaciones y siendo portadores del poder de voto y de otros canales de participación, sean ellos mismos los que ejerzan presión sobre sus gobiernos. Sumado a esto, con la democratización, además de cohibir los abusos, gran parte de las organizaciones de derechos humanos del Sur Global comenzaron a anhelar convertirse en legítimos actores para la formulación de políticas públicas que garanticen los derechos humanos, principalmente aquellos derechos de minorías, muchas veces no representadas por el sistema de voto mayoritario.

En este escenario, las informaciones producidas por el poder público, a modo de informes y documentos internos, se volvieron fundamentales para la actuación de la sociedad civil. Hoy, se buscan datos no sólo sobre violaciones de derechos cometidas por el Estado, tales como estadísticas sobre tortura y violencia policial, sino sobre actividades relacionadas a la gestión y a la administración pública. En algunos casos, interesa saber cómo se realizan

los procesos decisorios (cómo y cuándo se decide la construcción de nuevas obras de infraestructura en el país, por ejemplo, o cómo se desarrolla el proceso de formulación del voto del país en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU); en otras oportunidades, se busca más bien conocer resultados (cuántos presos existen en determinada ciudad o región, o cuánto del presupuesto será destinado a la salud pública). De esta forma, el acceso a la información se transformó en una de las principales banderas de las organizaciones sociales que actúan en las más diversas áreas, y la cuestión de la publicidad y transparencia del Estado se volvió fundamental. Este movimiento obtuvo significativas victorias en los últimos años, y un creciente número de gobiernos se ha comprometido con los principios del *Gobierno Abierto*¹ o bien ha aprobado diferentes versiones de leyes sobre acceso a la información.²

Esa legislación tuvo un papel importante en el campo de la justicia transicional, al permitir que violaciones de derechos humanos cometidas por gobiernos dictatoriales sean finalmente conocidas y, en algunos casos, que los responsables por las violaciones sean juzgados. En el artículo **Acceso a la información, acceso a la justicia: los desafíos para la transparencia en Perú**, Jo-Marie Burt y Casey Cagley examinan, con foco en el caso peruano, los obstáculos enfrentados por los ciudadanos que buscan justicia en relación a las atrocidades cometidas en el pasado.

Como demuestra el caso de Perú examinado por Burt y Cagley, la aprobación de nuevas leyes de acceso a la información representa, sin dudas, un importante progreso, pero la implementación de esta legislación ha demostrado que no es suficiente para que los gobiernos se vuelvan verdaderamente transparentes. Muchas veces, las leyes se limitan a obligar a los gobiernos a divulgar los datos que hayan producidos, solamente si fueran instados a hacerlo por un ciudadano o una ciudadana. No obstante, no obligan al Estado a producir informes que hagan que los datos existentes sean inteligibles, ni a divulgar espontáneamente estas informaciones. El problema se ve exacerbado cuando el Estado no llega ni siquiera a producir los datos que serían fundamentales para el control social de su acción. Este es, muy frecuentemente, el caso de las informaciones

**Open Government Partnership es una iniciativa de ocho países (Sudáfrica, Brasil, Corea del Sur, Estados Unidos, Filipinas, Indonesia, México, Noruega y Reino Unido) para promover la transparencia gubernamental. En 2011 fue firmada la Declaración del Gobierno Abierto y a fines de 2012 la red ya agrupaba a 57 países (Disponible en: <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2012/09/198255.htm>). La iniciativa toma en cuenta las diferentes etapas de transparencia pública en cada uno de los países miembro, por eso cada gobierno tiene en plan de acción propio para implementar los principios del gobierno abierto. Más informaciones sobre esta iniciativa están disponibles en: <http://www.opengovpartnership.org>.

*** En 1990, 13 países poseían instrumentos jurídicos en base al modelo de una Ley de Acceso a la Información (Cf. Toby Mendel. 2007. *Access to information: the existing State of affairs around the world*. In. VILLANUEVA, Ernesto. *Derecho de la información, culturas y sistemas jurídicos comparados*. México: Universidad Nacional Autónoma de México). Para 2010, aproximadamente 70 países contaban con este instrumento (Cf. ROBERTS, Alasdair S. 2010. *A Great and Revolutionary Law? The First Four Years of India's Right to Information Act*. *Public Administration Review*, vol.70, n. 6, p. 25-933.). Entre ellos figuran, Sudáfrica (2000), Brasil (2012), Colombia (2012), Corea del Sur (1998), India (2005), Indonesia (2010), México (2002) y Perú (2003)

*K. Sikkink acuñó el término "efecto boomerang" para retratar esta forma de acción de las organizaciones de la sociedad civil en países bajo regímenes no democráticos

sobre procesos de toma de decisión, que son particularmente difíciles de obtener. Otro campo en el que la transparencia deja que desear es el de las informaciones sobre actores privados subsidiados por recursos públicos, tales como empresas mineras, o aquellas que reciben concesiones estatales, como las empresas de telecomunicaciones.

Muchas organizaciones del Sur también se han dedicado a producir informes que traduzcan los datos gubernamentales en informaciones comprensibles y que puedan informar estrategias de acción de la sociedad civil organizada o decisiones políticas de los ciudadanos. Las organizaciones de derechos humanos también han presionado a sus gobiernos para que su accionar sea medido en términos de indicadores que puedan ayudar a identificar y combatir desigualdades en el acceso a los derechos. Este es el tema del artículo de Laura Pautassi, intitulado **Monitoreo del acceso a la información a partir de los indicadores de derechos humanos**, en el cual la autora debate sobre el mecanismo recientemente adoptado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en lo que se refiere a la obligación de los Estados Parte de informar, bajo el artículo 19 del Protocolo de San Salvador.

La relación entre información y derechos humanos, sin embargo, no se limita al campo de la transparencia gubernamental. La falta de libre acceso a informaciones producidas en el ámbito privado, puede también contribuir a estimular asimetrías de poder o incluso restringir el acceso a los derechos, de grupos particularmente vulnerables. El ejemplo más evidente de este último riesgo se refiere a la industria farmacéutica, que cobra valores altísimos por medicamentos protegidos a través de leyes de patentes, impidiendo efectivamente el acceso a la salud de poblaciones enteras. Otro ejemplo, es la privatización de la producción científica, por parte de editoriales de revistas académicas. Este tema obtuvo notoriedad recientemente, con la muerte de Aaron Swartz, activista americano que supuestamente se suicidó cuando estaba siendo acusado por quiebra de *copyright*, en un largo proceso. Sérgio Amadeu da Silveira abre esta edición de SUR con un retrato de Swartz (**Aaron Swartz y las luchas por la libertad de conocimiento**), articulando su vida con los embates actuales por la libertad de conocimiento frente a la rigidez cada vez mayor de las legislaciones sobre propiedad intelectual y de la acción de la industria del *copyright*, que busca subordinar los derechos humanos al control de las fuentes de creación.

Considerando el papel crucial que se ha ganado Internet en la producción y difusión de la información, es natural que se haya vuelto un campo de disputas entre el interés público y los intereses privados, como bien ilustra el caso Swartz. En este sentido, la sociedad civil y los gobiernos han buscado adoptar mecanismos de regulación que intenten equilibrar estos dos lados de la balanza, tales como la así llamada *Internet Freedom*, tema de otro artículo de la presente edición. En su texto, **Internet Freedom no es suficiente: por una Internet fundada en los derechos humanos**, Alberto J. Cerda Silva argumenta que las medidas propuestas por ese conjunto de iniciativas público-privadas no son suficientes para conseguir el objetivo que se propone, o sea, contribuir a la realización progresiva de los derechos humanos y al funcionamiento de sociedades democráticas.

La importancia de Internet como vehículo de comunicación e información también significa que el acceso a la misma comenzó a representar un factor crucial de inclusión económica y social. Para corregir desigualdades en este ámbito, organizaciones de la sociedad civil y gobiernos, han creado programas orientados a la así llamada "inclusión digital", para grupos que enfrentan dificultades para acceder a la red. En otro artículo que compone el dossier información y Derechos Humanos de esta edición, **Inclusión digital como política pública: un campo de disputas**, Fernanda Ribeiro Rosa defiende la importancia de abordar la inclusión digital como derecho social, que a partir del diálogo con el campo de la educación y del concepto de la literacidad digital, vaya más allá del simple acceso a las TIC y que incorpore otras habilidades y prácticas sociales necesarias para el etapa informática actual de la sociedad.

Artículos no temáticos

Esta edición incluye cinco artículos adicionales relativos a otras cuestiones relevantes para la agenda actual de los derechos humanos.

En **Desarrollo a costa de violaciones: Impacto de los megaproyectos sobre los derechos humanos en Brasil**, Pétalla Brandão Timo analiza un tema de particular relevancia en la actualidad: las violaciones a los derechos humanos que han ocurrido en Brasil a partir de la implementación de megaproyectos de desarrollo, tales como el Complejo Hidroeléctrico de Belo Monte, y la preparación para mega-eventos como el Mundial de Fútbol de 2014.

Dos textos tratan sobre la defensa de los derechos económicos y sociales. En **Derecho a la tierra como derecho humano: Argumentos a favor de un derecho específico a la tierra** Jérémie Gilbert ofrece argumentos para la incorporación del derecho a la tierra como derecho humano, en instrumentos normativos internacionales donde hasta hoy figura sólo de forma vinculada a otros derechos. En **¿Llegar a los más necesitados? El acceso a la justicia y el papel de los abogados públicos en el litigio sobre el derecho a la salud en la ciudad de São Paulo**, Daniel W. Liang Wang y Octavio Luiz Motta Ferraz analizan acciones judiciales relacionadas al derecho a la salud en la capital de São Paulo, en las que los litigantes son representados por defensores y fiscales públicos, con el objetivo de verificar si las acciones han beneficiado a los ciudadanos más vulnerables y si han contribuido en la expansión del acceso a la salud.

Otro artículo trata sobre el principal mecanismo de la ONU para el monitoreo internacional de los derechos humanos. En **El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas: seis años después**, Marisa Viegas y Silva analiza de forma crítica el accionar y los cambios introducidos en este órgano de la ONU, en sus seis primeros años de existencia.

En **Derechos Humanos, extradición y pena de muerte: Reflexiones sobre el enfrentamiento entre Botswana e Sudafrica**, Obonye Jonas analiza el impasse entre los dos países africanos en lo que se refiere a la extradición de ciudadanos de Botswana, presos en Sudáfrica, y acusados en su país de origen de crímenes pasibles de pena de muerte.

Finalmente, Antonio Moreira Maués, en **Supralegalidad de los tratados internacionales de derechos humanos e interpretación constitucional**, analiza los impactos de una decisión de 2008 del Supremo Tribunal Federal, en relación al nivel jerárquico de los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho brasilero, comenzando a adoptar la tesis de la supralegalidad.



Este es el sexto número de SUR publicado con el financiamiento y la colaboración de la Fundación Carlos Chagas (FCC). Agradecemos nuevamente el apoyo fundamental de la FCC para la Revista Sur desde 2010. También nos gustaría expresar nuestra gratitud a Camila Asano, David Banisar, David Lovatón, Eugenio Bucci, Félix Reategui, Ivan Estevão, João Brant, Jorge Machado, Júlia Neiva, Luis Roberto de Paula, Marcela Viera, Margareth Arilha, Marijane Lisboa, Mauricio Hashizume, Nicole Fritz, Reginaldo Nasser y Sérgio Amadeu por las opiniones sobre los artículos presentados para esta edición de la revista. Finalmente, queremos agradecer a Laura Trajber Waisbich (Conectas) por sus aportes sobre la relación entre información y derechos humanos que fundamentaron esta presentación.



SÉRGIO AMADEU DA SILVEIRA

Sérgio Amadeu da Silveira es profesor de la Universidad Federal del ABC (UFABC). Doctor en Ciencia Política de la Universidad de São Paulo, y miembro del Consejo Científico de la *Associação Brasileira de Pesquisadores de Cibercultura* (ABCiber). Amadeu es representante de la sociedad civil en el Comité Gestor de Internet en Brasil. También fue presidente del Instituto Nacional de Tecnología de la Información (2003-2005).

Email: samadeu@gmail.com

RESUMEN

Este artículo relata de forma resumida la historia de Aaron Swartz, una de las grandes víctimas de la guerra instaurada en torno a la llamada propiedad del conocimiento. Aaron fue encontrado ahorcado el día 11 de enero de 2013, en el apartamento en el que vivía en Nueva York. Programador y ciberactivista, fue acusado por el gobierno norteamericano de invadir computadoras para una supuesta liberación de artículos académicos protegidos por *copyright*, por lo que podría ser condenado a 35 años de prisión. Este texto articula la vida de Swartz con las luchas actuales por la libertad del conocimiento frente al endurecimiento de las legislaciones de propiedad intelectual y de la oscura actuación de la industria del *copyright* con el fin de subordinar los derechos humanos al control de las fuentes de creación.

Original en portugués. Traducido por Maité Llanos.

Recibido en junio de 2013. Aceptado en junio de 2013.

PALABRAS CLAVE

Aaron Swartz – Ciberactivismo – Propiedad intelectual – Intercambio de información – Conocimiento libre



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

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

AARON SWARTZ Y LAS LUCHAS POR LA LIBERTAD DEL CONOCIMIENTO

Sérgio Amadeu da Silveira

Para el profesor Pedro Rezende, criptógrafo de la Universidad de Brasilia, Aaron Swartz es la primera gran baja de la ciberguerra (REZENDE, 2013). ¿Pero, existe una guerra cibernética? ¿Cuáles son los ejércitos que combaten? ¿Qué se disputa? Los combates perceptibles son los de una guerra por el control y modulación de una sociedad global en un escenario informacional en donde el valor se encuentra cada vez más en productos simbólicos y bienes intangibles, o sea, en una economía inmaterial. En este periodo histórico de transición de un mundo industrial a una era informacional, los poderes soberanos y disciplinarios están siendo suplantados por los controles ampliamente distribuidos y cada vez más generadores de dominaciones vinculadas a grandes corporaciones. Las mismas acaban asumiendo poderes antes típicamente organizados al interior de los Estados. En ese mundo, el conocimiento es una fuente directa de riqueza y de poder, de una forma completamente diferente a la de otros períodos de la historia.

Aaron Swartz es una de las grandes víctimas de la guerra entablada en torno de la llamada propiedad del conocimiento. Aaron fue encontrado ahorcado el día 11 de enero de 2013, en el apartamento en el que vivía en Nueva York. Su muerte, presentada hasta el momento como suicidio, ocurrió durante la intensa batalla que el joven programador y ciberactivista entablaba con la justicia y con la policía norteamericana. Acusado por el gobierno de invadir computadoras para una supuesta liberación de artículos académicos protegidos por *copyright*, Swartz podría ser condenado a 35 años de prisión. La fiscalía de los Estados Unidos esperaba una condena ejemplar para compensar las diversas derrotas en la batalla por la reducción del intercambio de archivos digitales en las redes de información.

Con su vida interrumpida a los 26 años de edad, considerado un genio de Internet, Swartz fue coautor del RSS (*Really Simple Syndication*) cuando tenía 14 años apenas. Agregando contenidos de sitios web que son constantemente renovados, RSS es ampliamente usado en la red, ya sea por grandes portales o por pequeños

Ver las notas del texto a partir de la página 14.

blogs. La idea de intercambiar cultura, conocimiento e información estaba presente desde aquella época en las acciones del joven Aaron, que combinaba una gran pasión por la libertad con una refinada pericia para el desarrollo de soluciones de colaboración en red.

Hasta ahora, Internet y la Web son estructuras abiertas que avanzan de forma colaborativa, o sea, sus principales protocolos y patrones son definidos por documentos públicos llamados RFCs (*Request for Comments*). En 2001, Swartz comenzó a colaborar con el *World Wide Web Consortium* (W3C), una comunidad que desarrolla patrones abiertos con el objetivo de garantizar el crecimiento de la *web*. En 2004, Swartz firma la publicación de la RFC 3870 denominada “*application/rdf+xml Media Type Registration*”, con la finalidad de describir un tipo de medio para el uso del lenguaje XML junto a la plataforma RDF, utilizada para apoyar la Web Semántica. El talentoso joven Aaron Swartz, que nació en Chicago el 8 de noviembre de 1986, no se preocupaba por patentar ni impedir el acceso a sus contribuciones en el mundo de la tecnología.

En 2005, mientras frecuentaba la Universidad de Stanford, Aaron crea la empresa Infogami, que sirvió de soporte al proyecto *Open Library*, del portal *Internet Archive*. Sustentado por una organización sin fines de lucro, el proyecto *Internet Archive* trabaja por la construcción de una biblioteca digital de los sitios web de Internet y otros artefactos culturales en formato digital. De igual forma que una biblioteca tradicional, la misma ofrece acceso gratuito a sus archivos en red para los investigadores, historiadores, académicos y público en general. Nuevamente se constata la vocación de Aaron por la difusión y el libre acceso al conocimiento. En noviembre de 2005, Infogami se fusiona con Reddit, un sitio web en el que los usuarios pueden divulgar vínculos de contenidos en la Web. Siguiendo la lógica de las redes sociales, los usuarios pueden votar por los vínculos para que se destaquen más o menos en la página inicial. Después de que Reddit fuera adquirida en 2006 por la *Condé Nast Publication*, propietaria de la revista *Wired*, Swartz deja la empresa al no lograr adaptarse al trabajo de la nueva oficina.

1 El activismo por el conocimiento libre

En 1984, Steven Levy escribió *Hackers: Heros of the Computer Revolution*, buscando traducir lo que serían los trazos fundamentales de la llamada subcultura *hacker*, que surge en Estados Unidos, durante la década del 60, influenciada de forma decisiva por la contracultura norteamericana. Levy expone los pilares de una ética de los colectivos *hackers* en el siguiente párrafo:

*Access to computers ... should be unlimited and total...
All information should be free...
Mistrust authority – promote decentralization...*

*Traducción libre: “El acceso a las computadoras... debería ser ilimitado y total.../ Todas las informaciones deberían ser libres.../ Desconfíe de las autoridades y promueva la descentralización... / Los Hackers deberían ser juzgados por sus “hackeamientos” y no por otros criterios, como escolaridad, edad, raza o posición social.../ Puedes crear arte y belleza en una computadora.... / Las computadoras pueden cambiar tu vida para mejor.”

*Hackers should be judged by their hacking, not bogus criteria such as degrees, age, race, or position...
You can create art and beauty on a computer...
Computers can change your life for the better.**
(LEVY, 2001, p. 27-33)

Aaron Swartz puede ser visto como un *hacker* en el sentido original de la expresión. Un aficionado por códigos y por el intercambio de los desafíos intelectuales que lograba superar. Pekka Himanen, estudioso de la ética *hacker*, observó que “el primer valor que guía la vida de un hacker es la pasión, o sea, algún objetivo interesante que lo mueve y que su realización es en sí generadora de alegría” (HIMANEN, 2001, p. 18). Nunca pareció que Aaron Swartz se preocupara por acumular dinero. Siguiendo su corta vida puede percibirse que para él la gran riqueza se encontraba en colaborar con la creación y difusión del conocimiento. Lo que más llama la atención es que los adeptos de la apropiación privada y del bloqueo del intercambio nunca lograron lanzar contra Swartz la idea de que su defensa del intercambio era fruto de algún tipo de incapacidad técnica o inferioridad tecnológica, que alimenta inúmeros discursos oscuros y prejuiciosos. Swartz tenía una inteligencia y una capacidad creativa impresionantes.

En 2008, utilizó un *script*, una rutina que automatizó la realización de *download* de más de dos millones de documentos de PACER, sitio web del Poder Judicial Federal norteamericano. Para tener acceso a los documentos de PACER, era necesario utilizar un sistema de pago en línea. Swartz usó su programa para esquivar el sistema de pago, permitiendo el libre acceso a los textos, que eran públicos. Por esta acción, terminó siendo investigado por el FBI, pero como nadie presentó una denuncia formal, el proceso fue archivado.

Proponiendo una insurgencia cívica contra la privatización del conocimiento —que para él nacía de una construcción colectiva, emergía de lo que era común—, Swartz lanzó, en 2008, el *Guerrilla Open Access Manifesto*, que expresa claramente su ideario por la libertad de acceso a bienes culturales y científicos. En los párrafos siguientes se demuestra claramente cuál era la guerrilla que Aaron nos proponía:

Information is power. But like all power, there are those who want to keep it for themselves. The world's entire scientific and cultural heritage, published over centuries in books and journals, is increasingly being digitized and locked up by a handful of private corporations. Want to read the papers featuring the most famous results of the sciences? You'll need to send enormous amounts to publishers like Reed Elsevier.

(...)

We need to take information, wherever it is stored, make our copies and share them with the world. We need to take stuff that's out of copyright and add it to the archive. We need to buy secret databases and put them on the Web. We need to download scientific journals and upload them to file sharing networks. We need to fight for Guerilla Open Access.

*With enough of us, around the world, we'll not just send a strong message opposing the privatization of knowledge — we'll make it a thing of the past. Will you join us?**

Aaron Swartz - Julio 2008, Eremo, Italia.

El libre acceso e intercambio de conocimiento forman parte de la así llamada cultura *hacker*. Inspiró a otros miles de desarrolladores de *software* que se dedican al intercambio, como el fundador del movimiento *software* libre, Richard Stallman. Es notable como todos creen en las posibilidades utópicas de democratización del acceso a las informaciones y en la importancia de un libre flujo de las mismas. Esta perspectiva *hacker* fue contraatacada por grandes corporaciones, que pretendían transformar algoritmos y códigos en productos artificialmente similares a mercaderías del mundo industrial. Por este motivo los *hackers* fueron combatidos semiológicamente por los medios de comunicación, dependientes de los fondos de la publicidad de los conglomerados de las industrias de códigos.

Al estudiar el modo en el que los *hackers* eran vistos por los medios masivos de comunicación, Sandor Vegh también notó que después del 11 de septiembre de 2001 hubo una alteración en el discurso. Los *hackers*, que eran presentados como criminales comunes, comenzaron a ser descriptos en los noticieros como ciberterroristas. Vegh (2005) también constató que en los artículos de prensa norteamericanos era cada vez más usado un tono sensacionalista cuando se hablaba de los *hackers*, observando que una de las principales consecuencias fue la de preparar el terreno para la aprobación de leyes y regulaciones que limitan el *ciberactivismo* o el *hacktivismo*.

Incluso en este escenario de fuerte persecución de *hacker* y activistas, Swartz profundizó su accionar en defensa de la transparencia y del intercambio de conocimiento. En 2008, fundó la Watchdog.net, para recolectar y visibilizar datos sobre políticos. En 2010, fue uno de los cofundadores de la *Demand Progress*, colectivo dedicado a la reforma política del gobierno y a la lucha por las libertades civiles.

2 Capitalismo informacional, propiedad intelectual y derechos humanos

El capitalismo informacional encontró su expansión en la codificación y digitalización del conocimiento, la cultura, los bienes y productos simbólicos e inmateriales. Las tecnologías cibernéticas operadas por *software* viabilizaron las redes digitales. Estas redes recubrieron el planeta y se tornaron indispensables para el cotidiano de gran parte de la sociedad, haciendo que la comunicación se colocase como estructurante de

** Traducción libre: "Información es poder. Pero, como todo poder, existen aquellos que quieren tenerlo para sí. Todo el patrimonio científico y cultural del mundo, publicado a lo largo de los siglos en libros y revistas, está siendo cada vez más digitalizado y bloqueado por un montón de corporaciones privadas. ¿Desea leer los textos que presentan los más famosos resultados de la ciencia? Entonces va a tener que enviar grandes cantidades para editoras como la Reed Elsevier/ (...) Necesitamos tomar información, donde quiera que este almacenada, hacer nuestras copias y compartirlas con el mundo. Necesitamos llevar el material que está fuera del *copyright* y agregarlo al archivo. Necesitamos comprar bases de datos secretas y colocarlas en la *web*. Necesitamos descargar revistas científicas y cargarlas a redes de intercambio de archivos. Necesitamos luchar por la Guerrilla Open Access. Con un número suficiente de nosotros, alrededor del mundo, no sólo vamos a enviar un fuerte mensaje de oposición a la privatización del conocimiento – sino que vamos a tornar eso una cosa del pasado. ¿Te unirás a nosotros?"

los procesos sociales, económicos, culturales y políticos. Pero la comunicación digital es una comunicación mediada por *software*. La sociedad informacional, cibernética, que puede ser observada como una sociedad de control, tiene en el *software* su principal medio de comunicación.

El investigador Lev Manovich (2008) fue perspicaz cuando afirmó que, así como la electricidad, el motor y la combustión hicieron que fuera posible la sociedad industrial, es el *software* lo que torna viable la sociedad informacional global. Que el *software* sea un medio que garantiza la digitalización expansiva de las actividades y prácticas sociales no resulta obvio para esta sociedad. Su papel no es claro, y mucho menos evidente. Visto como una tecnología cualquiera, presentado por el mercado como un mero producto, el *software* contiene códigos que definen y determinan lo que es capaz de hacer. El *software*, a su vez, tiene el poder de condicionar completamente nuestra comunicación. Su diseño, sus funciones, operaciones e interfaces son definidos por los programadores que lo crean y lo mantienen actualizado. Estos códigos, en general, son cerrados e incomprensibles para aquellos que los utilizan.

Se trata de algo oscuro, sin ninguna transparencia. Para el mercado de *software* es esa opacidad del código para sus usuarios, lo que conforma parte de los derechos de propiedad intelectual de sus creadores. El principal mercado de *software* se estructuró en torno a un modelo de remuneración de la propiedad dada por la negación del acceso al conocimiento de sus rutinas lógicamente encadenadas. Pero esta falta de transparencia del código en un escenario de intensa codificación digital no está limitada al mercado de *software*. Esta afecta a los cuerpos y a los códigos constitutivos de la especie. Es a través de la fusión de diversas disciplinas con la Biología y con las Ciencias de la Computación que surgen a biotecnología, la nanotecnología y la ingeniería genética. Es bien señalado por Adriano Premebida y Jalcione Almeida que:

Con la influencia de la cibernética un organismo vivo es tratado como un sistema de información, con gran pasado de adaptación y pasible de ser interpretado y ejecutado por la biología molecular. Las políticas de la vida tienden a centrarse en la indiferenciación de las fronteras entre las especies y a entender la materialidad de los seres vivos como una 'matriz de combinaciones genéticas virtuales o posibles' (Ferreira, 2002: 238). La unión entre técnicas y políticas de fabricación de proyectos de seres vivos es lo que estará en el centro de la dinámica comercial/industrial contemporánea en áreas de conocimiento informadas por la ingeniería genética. 'La vida no se puede pensar simplemente como resultado de una reproducción. Ahora la vida pasa a ser producida' (Ibidem, 223). La vida biológica entra en las estrategias de poder de la modernidad y actualmente estas estrategias también se centran en la información genética.

(PREMEBIDA; ALMEIDA, 2010)

El modelo de remuneración de la codificación genética consolidado en el capitalismo cognitivo pasa por el cierre del código o por su restricción de uso, conforme la imposición de las patentes. De esta forma, tenemos la aproximación entre los modelos de negocios de Microsoft y de Monsanto, de Pfizer y de Oracle. El libre acceso al conocimiento científico incomoda profundamente a las grandes corporaciones. Era exactamente en esta cuestión que el joven Swartz actuaba con vigor.

El 6 de enero de 2011, a los 24 años, Aaron fue preso bajo la acusación de fraude electrónico, fraude de computadora y obtención de informaciones a partir de daño a una computadora protegida. Concretamente, Swartz fue acusado de descargar 4,8 millones de documentos de los archivos de la editora de revistas académicas JSTOR, violando sus términos de uso, y de esquivar los esfuerzos del Instituto de Tecnología de Massachusetts (MIT) para impedirlo.

Según la denuncia, en 2010 Swartz compró una *laptop* y la registró bajo el nombre de un usuario “fantasma” en la red MIT. En esta computadora, Swartz habría escrito un *script* en el lenguaje *Python* que permitiría bajar rápidamente los artículos de JSTOR. La editora JSTOR detectó el *script* y bloqueó su dirección IP. Según la denuncia, Swartz cambió repetidamente el IP y la “dirección MAC” con el objetivo de burlar los esfuerzos de JSTOR y del MIT para bloquear su acceso.

Algunas semanas después luego de que la editora JSTOR normalizó el acceso a la red del MIT, Swartz habría creado otra técnica para bajar los archivos. Fue acusado de haber ido a la sala de servidores de la universidad y de haber escondido su *laptop* atrás de las máquinas para no ser encontrado. Después habría neutralizado los bloqueos y filtros existentes y logrado ejecutar sus descargas, a partir de la conexión directa a los servidores. La denuncia registrada ante la policía describe que el casco de la bicicleta de Swartz aparece nítidamente en la filmación de cuando éste fue a retirar su *laptop* del lugar donde estaba escondido, a pesar de que tenía el rostro protegido con una máscara.

El gobierno norteamericano alegó que probablemente Swartz descargó los archivos para liberarlos en redes de intercambio P2P (*peer-to-peer*). Sin embargo, la propia JSTOR reconoció que el contenido descargado no fue usado, transferido ni distribuido. Para el representante del gobierno, descargar muchos artículos de revistas académicas en una única vez constituye un crimen *hacker* y debe ser punido con pena de prisión. Lo que es interesante es que Swartz, como estudiante del MIT, tenía acceso libre a todos los artículos que descargó. La actitud criminal sería el uso de un *script* para descargar muchos artículos.

La Fiscalía de Estados Unidos quería que Aaron Swartz fuera condenado de manera ejemplar. Quería una pena de 35 años de prisión y decía que actuaba para desestimular la violación del *copyright*. La presión fue aumentando sobre el joven Swartz, que tuvo una gran participación en la lucha por la derrota y archivo de los proyectos de ley *Stop Online Piracy Act* (SOPA) y *PROTECT IP Act* (PIPA), en enero de 2012. Estas propuestas legislativas buscaban impedir el acceso de ciudadanos norteamericanos a contenidos digitales y aplicativos que supuestamente estuvieran violando la propiedad intelectual. Además, las empresas de Estados Unidos tendrían cinco días para bloquear el acceso a tales sitios web.

El endurecimiento de las legislaciones de propiedad intelectual y el oscuro accionar de la industria del *copyright* pretenden asegurar el control de las fuentes de creación y del conocimiento. El proceso contra Swartz es una aberración jurídica, siendo que la única acusación consistente sería sobre su intención de liberar los textos académicos en redes P2P para descarga gratuita. El consultor y experto en seguridad de la información, Alex Stamos, convocado varias veces por la Justicia para definir la existencia o no de intrusiones de sistemas digitales y crímenes informacionales, escribió en su blog:

*Aaron did not “hack” the JSTOR website for all reasonable definitions of “hack”. Aaron wrote a handful of basic python scripts that first discovered the URLs of journal articles and then used cURL to request them. Aaron did not use parameter tampering, break a CAPTCHA, or do anything more complicated than call a basic command line tool that downloads a file in the same manner as right-clicking and choosing “Save As” from your favorite browser. ****

(STAMOS, 2012)

Después de la trágica muerte de Aaron Swartz, la Justicia norteamericana retiró las acusaciones. Muchas personas de todo el mundo notaron la truculencia y las arbitrariedades que están siendo cometidas y anunciadas para defender el bloqueo del intercambio de bienes culturales y conocimientos. No parece que vayan a enfriarse los enfrentamientos. Las posibilidades de colaboración, interacción e intercambio de archivos digitales continuarán creciendo si Internet continúa abierta, no propietaria, no sometida a controladores de la infraestructura de telecomunicaciones. Sin embargo, la industria del *copyright* articula sus movimientos para tornar bienes culturales y expresiones simbólicas adueñadas como si fueran bienes escasos. Gobiernos como el norteamericano articulan acuerdos y leyes para subordinar todos los demás derechos de los ciudadanos a la defensa de la propiedad intelectual. Sí, Aaron fue una gran baja de esa guerra. Pero, millones de jóvenes no viven y nunca vivieron de licencias de propiedad. Ellos quieren compartir las posibilidades que las tecnologías de la información nos abren. Parece que no quedan dudas de que uno de los principales enfrentamientos del siglo XXI gira en torno del intercambio de conocimiento y de bienes culturales.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

ARRINGTON, Michael. 2006. Breaking News: Condé Nast/Wired Acquires Reddit.

Techcrunch, October 31st, 2006. Disponible en: <<http://techcrunch.com/2006/10/31/breaking-news-conde-nastwired-acquires-reddit/>>. Visitado en: Jun. 2013.

GALLOWAY, Alexander R. 2004. *Protocol: how control exists after decentralization*. Cambridge, Mass.: MIT Press.

HIMANEN, Pekka. 2001. *A ética dos hackers e o espírito da era da informação*. Rio de Janeiro: Campus.

*** Traducción libre: Aaron no “hackeó” el sitio web de la JSTOR, bajo todas las definiciones razonables de hackeamiento. Aaron escribió un montón de *scripts* básicos en Python que revelaron las URL de los artículos de periódicos y, después, usó cURL (herramienta de línea de comando usada para obtener o enviar archivos usando a sintaxis de URL) para solicitarlo. Aaron no usó parámetros de adulteración, ni rompió un CAPTCHA (herramienta anti-spam), ni hizo nada más complicado que usar líneas de comando básico que descargan un archivo de la misma forma que clicar con el botón derecho del *mouse* y elegir “guardar como” de su navegador favorito.

LEVY, Steven. 2001. **Hackers: heroes of the computer revolution**. New York: Penguin Books.

MANOVICH, Lev. 2008. **Software takes command**. Disponible en: <www.softwarestudies.com/softbook>. Visitado en: Jun. 2013.

PREMEBIDA, Adriano; ALMEIDA, Jalcione. Biotecnologia, biopolítica e novas sociabilidades. UNOPAR Científica. Ciências Humanas e Educação, 2010. No prelo. Disponible en: <http://www6.ufrgs.br/pgdr/arquivos/749.pdf> Visitado en: Mayo 2013.

REZENDE, Pedro Antonio Dourado. 2013. **Aaron Swartz enfrenta Ciberfariseus: o primeiro mártir da ciberguerra**. Brasília, 24 de janeiro de 2013. Disponible en: <http://www.dicas-l.com.br/arquivo/aaron_swartz_enfrenta_ciberfariseus_o_primeiro_martir_da_ciberguerra.php#.UdzjZUmNOYN>. Visitado en: Jun. 2013.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu. 2010. Ciberativismo, cultura hacker e o individualismo colaborativo. **Revista USP**, São Paulo, v. 1, n. 86 p. 28-39, Jun./ago. 2010.

STAMOS, Alex. **The Truth about Aaron Swartz's "Crime"**. Disponible en: <<http://unhandled.com/2013/01/12/the-truth-about-aaron-swartzs-crime/>>. Visitado en: Jun. 2013.

SWARTZ, Aaron. 2008. **Guerilla Open Access Manifesto**. July 2008, Eremo, Italy. Disponible en: <http://archive.org/stream/GuerillaOpenAccessManifesto/Goamjuly2008_djvu.txt>. Visitado en: Jun. 2013.

TAYLOR, Jerome. 2012. Why I want to bring down the internet – for a day. **The Independent**, 17 January 2012. Disponible en: <<http://www.independent.co.uk/life-style/gadgets-and-tech/news/why-i-want-to-bring-down-the-internet—for-a-day-6290703.html>>. Visitado en: Jun. 2013.

VEGH, Sandor. 2005. The media's portrayal of hacking, hackers, and hacktivism before and after September 11. **First Monday**, v. 10, no. 2, Feb. Disponible en: <<http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/1206/1126>>. Visitado el: Jun. 2013.

Sitios web:

Aaron Swartz—<<http://www.aaronsw.com/>> y http://en.wikipedia.org/wiki/Aaron_Swartz. Visitado en: Mayo. 2013.

Demand Progress—<http://demandprogress.org/>. Visitado en: Mayo. 2013.

Internet Archive—<http://archive.org/index.php>. Visitado en: Mayo. 2013.

Introducing Infogami—<http://web.archive.org/web/20071224194042/http://infogami.com/blog/introduction>. Visitado en: Mayo. 2013.

Open Library—<http://openlibrary.org/>. Visitado en: Mayo. 2013.

Reddit—<http://www.reddit.com/>. Visitado en: Mayo. 2013.

RFC 3870—application/rdf+xml Media Type Registration—<http://tools.ietf.org/html/rfc3870>. Visitado en: Mayo. 2013.

ABSTRACT

In this article, the author offers a succinct overview of the story of Aaron Swartz, one of the major victims of the war surrounding so-called intellectual property. Aaron was found hanged on January 11, 2013 in his apartment in New York. A programmer and cyberactivist, he was accused by the U.S. government of infiltrating computers for the supposed release of copyrighted academic articles and could have been sentenced to 35 years in prison. The text ties in with the life of Swartz the current battles for freedom of knowledge amid the stiffening of intellectual property legislation and the shadowy activities of the copyright industry, which aim to subordinate human rights to the control of creative sources.

KEYWORDS

Aaron Swartz – Cyberactivism – Intellectual property – Sharing – Free knowledge

RESUMO

O artigo relata sucintamente a história de Aaron Swartz, uma das grandes vítimas da guerra travada em torno da chamada propriedade do conhecimento. Aaron foi encontrado enforcado no dia 11 de janeiro de 2013, no apartamento em que morava em Nova York. Programador e ciberativista, acusado pelo governo norte-americano de invadir computadores para uma suposta liberação de artigos acadêmicos protegidos por *copyright*, poderia ser condenado a 35 anos de prisão. O texto articula a vida de Swartz com os embates atuais pela liberdade do conhecimento diante do enrijecimento das legislações de propriedade intelectual e da atuação obscura da indústria do *copyright* com vista a subordinar os direitos humanos ao controle das fontes de criação.

PALAVRAS-CHAVE

Aaron Swartz – Ciberativismo – Propriedade intelectual – Compartilhamento – Conhecimento livre



ALBERTO J. CERDA SILVA

Alberto J. Cerda Silva es profesor asistente de derecho informático en la Universidad de Chile. Es miembro fundador y director de asuntos internacionales de la ONG Derechos Digitales. Actualmente, es becario de la Comisión *Fulbright* prosiguiendo estudios doctorales en Georgetown University Law Center con una disertación sobre derechos humanos y regulación de Internet en América Latina.

E-mail: acerda@uchile.cl

RESUMEN

El desarrollo tecnológico ofrece nuevas oportunidades para el progreso de la humanidad, así como para la concreción de los derechos humanos, aunque, a la vez también crea nuevos riesgos para estos mismos derechos. En los recientes años, diversas iniciativas público-privadas han enarbolado la necesidad de promover y preservar la libertad en Internet, como un supuesto esencial para la progresiva realización de los derechos humanos y el funcionamiento de una sociedad democrática. Se trata de *Internet Freedom*.

En este artículo, el autor sustenta que el enfoque de *Internet Freedom* es, sin embargo, limitado, porque brinda una visión sesgada de la relevancia de los derechos humanos en el entorno en línea. Tras constatar dichas limitaciones, el autor sugiere los elementos que debería integrar una aproximación a Internet sustentada en un enfoque comprensivo de los derechos humanos para Internet.

Original en español.

Recibido en marzo de 2013. Aceptado en abril de 2013.

PALABRAS CLAVES

Internet Freedom – Derechos humanos – Ciudadanía digital – Gobernanza de Internet – Responsabilidad empresarial



Este artículo es publicado bajo licencia *creativecommons*.

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

INTERNET FREEDOM NO ES SUFICIENTE: HACIA UNA INTERNET FUNDADA EN LOS DERECHOS HUMANOS

Alberto J. Cerda Silva

1 Introducción

Internet ha irrumpido en nuestras vidas. Desde finales de los sesenta, cuando era apenas una red de equipos interconectados de un puñado de universidades para compartir recursos de cómputo, hasta hoy, en que una de cada tres personas en el planeta es un usuario, Internet ha permeado prácticamente todas las facetas de nuestro quehacer. Ya no sólo nos conectamos un par de minutos al día, sino que muchos estamos permanentemente conectados. Ya no sólo recibimos y enviamos e-mails, sino también conformamos redes sociales, hacemos compras en línea, gestiones ante oficinas gubernamentales, y hasta nos esparcimos en red.

Con los años, el mito de la Internet exenta de regulación ha dado paso, en cambio, a una Internet sujeta a regulación. Alimentado por su estructura descentralizada, sus comunicaciones transfronterizas, y un virtual anonimato, Internet intentó resistir los embates regulatorios de los 1990s, sin éxito (BARLOW, 1996). Hoy, Internet es, en cambio, un espacio en que se superponen las regulaciones estatales sobre delitos informáticos, protección al consumidor, tratamiento de datos personales, comercio electrónico, y un largo etcétera. Y, es un entorno en el cual los derechos humanos son plenamente aplicables.

Internet ha contribuido positivamente a la defensa de los derechos humanos. Internet ha favorecido la elusión de la censura estatal en China, permitido la denuncia de la represión contra comunidades nativas en América Latina, facilitado el acceso a información pública en México, y apoyado la apertura política en el mundo Árabe. Con acierto se ha afirmado que nuestros derechos fundamentales pueden ser hoy leídos en clave tecnológica (ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, 1999, p. 15-22), pues Internet facilita la concreción de ellos, como lo evidencian iniciativas de educación en línea, telemedicina, y gobierno electrónico. Recientemente, se ha formulado una propuesta de instrumento internacional sobre derechos humanos

Ver las notas del texto a partir de la página 30.

y el entorno en línea,¹ que, cualquiera sea su necesidad real, deja de manifiesto el enorme potencial sinérgico de Internet con los derechos humanos. Lo propio puede decirse de la polémica en torno a sí el acceso mismo a Internet constituye un derecho humano (CERF, 2012).

Internet también ha contribuido a la violación de los derechos humanos, sin embargo. Internet ha facilitado la identificación de la disidencia política en Irán, intensificado la vigilancia estatal en Reino Unido, acrecentado la amenaza a la identidad lingüística y cultural de los pueblos, y ampliado por doquier la brecha entre quienes tienen acceso y quienes no. Y el potencial de Internet y las nuevas tecnologías para erosionar nuestros derechos se incrementará, a medida que más y más parcelas de nuestras vidas tengan lugar en el entorno en línea. Ante la alarma ya se han producido las primeras reacciones, varias de ellas se asocian al concepto *Internet Freedom*.

2 *Internet Freedom*

Internet Freedom designa una serie de iniciativas público-privadas que apuestan a hacer frente a la demanda de los gobiernos para implementar sistemas de censura y de vigilancia de las personas a través de Internet (CLINTON, 2010). Los elementos en común de tales iniciativas son evitar la censura estatal, proteger la privacidad de las personas en línea, y prevenir toda medida que restrinja la libre circulación de la información.

Internet favorece la libertad de expresión, pues cada usuario puede alcanzar potencialmente a una amplia audiencia, al tiempo que puede acceder a una pluralidad de contenidos. Pero dicha libertad puede resultar incómoda para ciertos gobiernos, que se han esmerado en la implementación de medidas tecnológicas y legislativas para silenciar el discurso disidente. *Internet Freedom* rechaza tal incidencia gubernamental y aboga por la preservación de la libertad de expresión en el entorno en línea.

Internet facilita la violación del derecho a la vida privada, pues cada vez que un usuario se conecta a la red, su identidad y su comportamiento en línea es susceptible de ser monitoreado. La información recolectada a través de mecanismos de vigilancia permitiría a los gobiernos la represión de la disidencia y con ello la abolición de la libertad política y religiosa, entre otras. *Internet Freedom* repudia las prácticas de vigilancia estatal orientadas a reprimir a los usuarios de la red.

Internet es el paradigma de la globalización, que ha permitido la circulación de información a nivel global, superando muchas de las trabas que los medios analógicos imponían a su flujo. Desafortunadamente, algunos gobiernos han impuesto medidas técnicas y normativas que traban la difusión, el acceso, y el tráfico de información a través de la red. *Internet Freedom* rechaza la pretensión de quienes quieren modificar la estructura de gobierno de Internet para restringir el libre flujo de la información.

Existen diversas iniciativas que trabajan por *Internet Freedom*, pero me parecen relevantes de destacar aquellas llevadas adelante por el Departamento de Estado de los Estados Unidos, que las ha incorporado como componente de la

política externa del país. Esto ha llevado a la implementación de un comprensivo programa de trabajo que brinda asistencia a organizaciones sociales que luchan por el acceso a Internet y el libre flujo de información en línea, especialmente en aquellos países que enfrentan situaciones adversas. Un componente del programa incluye la evaluación anual de otros países en relación al respeto de *Internet Freedom*, que se concentra precisamente en libertad de expresión y vigilancia estatal en el entorno en línea, el cual es parte integrante del Reporte por Países en Derechos Humanos que elabora dicho Departamento. En este mismo sentido, el Departamento de Estado apoya la *Global Network Initiative*, una iniciativa que aglutina empresas del sector tecnológico estadounidense y organizaciones de derechos humanos, la cual impulsa recomendaciones en materia de libertad de expresión y privacidad en línea.

El enfoque de *Internet Freedom* no se ha limitado a los Estados Unidos, sino que otros países también lo han adoptado. Tras la revolución desatada en el Norte de África y de Medio Oriente, conocida como la Primavera Árabe, diversos países se vieron en la necesidad de disponer de su propia versión de *Internet Freedom*, con énfasis en libertad de expresión, rechazo a la censura gubernamental, y un ambiguo rol para el sector privado. De hecho, varios gobiernos europeos implementaron programas de *Internet Freedom*, incluyendo Alemania, Francia, Holanda, y Suecia (WAGNER, 2011, p. 18-19). Similares voces también se han dejado sentir en otras latitudes.

Con el soporte del Departamento de Estado, y teniendo como telón de fondo la Primavera Árabe y el rol que Internet jugó en ella, el enfoque de *Internet Freedom* ha logrado posicionar el rol, las ventajas, y los riesgos que el entorno en línea tiene respecto de la libertad de expresión y la privacidad. Y, ciertamente, ha contribuido, conjuntamente con el informe sobre libertad de expresión elaborado por Frank de La Rue, relator especial de Naciones Unidas (NACIONES UNIDAS, 2011), a posicionar el tema en la agenda internacional y a obtener la adopción de una resolución específica por Naciones Unidas. Aunque notoriamente tardía tal resolución, ha reconocido la relevancia de Internet en relación a todos los derechos humanos, pero particularmente a la libertad de expresión (NACIONES UNIDAS, 2012).

Internet Freedom ha contribuido a resaltar el rol de la libertad de expresión, la protección de la privacidad, y el libre flujo de la información en línea. Este enfoque es, sin embargo, limitado, porque brinda una visión sesgada de la relevancia de los derechos humanos en Internet. La sección siguiente describe brevemente algunas de dichas limitaciones, para enseguida formular sugerencias en torno a los elementos que deberían integrar una aproximación sustentada en un enfoque comprensivo de los derechos humanos para Internet.

3 Las limitaciones de *Internet Freedom*

Aunque *Internet Freedom* representa un progreso, presenta limitaciones que le hacen insuficiente. Primero, es un enfoque que encapsula las preocupaciones y prioriza los temas con una perspectiva preferentemente estadounidense y, por ende, carece de globalidad. Segundo, nos presenta una visión estrecha de la

relevancia y sinergias resultantes de la interacción entre Internet y los derechos humanos. Tercero, omite que Internet es un entorno esencialmente privado y que, por consiguiente, demanda mayor responsabilidad del sector privado. Cuarto, soslaya la gobernanza de Internet. Quinto, prioriza las necesidades del mercado antes que el respeto de los derechos humanos. Revisemos cada una de estas objeciones, siquiera sucintamente.

3.1 *Un enfoque local*

Internet Freedom surge como un enfoque que cataliza las preocupaciones de Estados Unidos hacia mediados de la década pasada (GOLDSMITH; WU, 2006). Hasta entonces, un número importante de empresas del sector tecnológico venía prestando colaboración al gobierno chino en la identificación de disidentes y la censura de contenidos en línea. Dicha complicidad resultaba incómoda, en especial de cara a la fallida tentativa en Naciones Unidas por adoptar un instrumento que hiciese exigible el respeto de los derechos humanos por empresas transnacionales (NACIONES UNIDAS, 2003). Era menester tomar cartas en el asunto, pero sin llegar al extremo de regular efectivamente al sector tecnológico, tal como lo sugería la experiencia de la Unión Europea. *Internet Freedom* hace una apuesta más mesurada, focalizando el esfuerzo en contra de gobiernos represivos y abogando por compromisos voluntarios del sector privado, a efectos de proteger la libertad de expresión y el derecho a la vida privada, sin obstaculizar el libre flujo de bienes y servicios de la información.

Internet Freedom presupone una perspectiva de la libertad de expresión más local que global, cuyo discurso se basa más en la Primera Enmienda de la constitución estadounidense que en el tratamiento de la libertad de expresión en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Estamos frente a una libertad que se agota frente al Estado, que elude las complicaciones de un régimen de excepciones y limitaciones admitidas en el derecho internacional, y que, en cambio, se nutre del marco normativo doméstico.² Este marco resulta adecuado para enfrentar la maquinaria censora de China, e incluso la Primavera Árabe, pero resulta insuficiente para analizar, por ejemplo, la criminalización de ciertos delitos de expresión en América Latina y Europa, la persecución en contra de WikiLeaks, o la responsabilidad del sector de las telecomunicaciones e informática en la violación de derechos humanos, ya no sólo en complicidad con gobiernos represivos sino que a instancia propia.

La protección del derecho a la vida privada esgrimida por *Internet Freedom* tampoco es global, sino que es bien peculiar a los Estados Unidos. Es esencialmente el gobierno quien queda limitado por el ejercicio de este derecho, pero la protección es ostensiblemente débil en relación con el sector privado, que sólo de modo excepcional debe respetarle (CERDA, 2011a, p. 338-340). De ahí que *Internet Freedom* apele a una suerte de responsabilidad social empresarial en torno a su protección y que, en cambio, evite un enfoque regulador, como el existente en la Unión Europea o América Latina, que podría levantar barreras innecesarias a la libre circulación de bienes y servicios.

3.2 *Un enfoque parcial*

Internet Freedom constituye un enfoque parcial de la importancia de la red desde la perspectiva de los derechos humanos, pues sólo se limita a la libertad de expresión y el derecho a la vida privada. Es inverosímil suponer que aún hoy pueda desconocerse el aporte y el potencial de Internet para la concreción de otros derechos humanos, pero *Internet Freedom* no presta atención más que a un par de ellos, aquellos que mejor reflejan una concepción liberal decimonónica del Estado.

Internet Freedom no incluye mención alguna relativa a los derechos económicos, sociales, y culturales. De este modo, mejorar las condiciones de accesibilidad para quienes carecen de acceso no constituye una prioridad para *Internet Freedom*, incluso si ello contribuye al fortalecimiento democrático, al desarrollo individual y colectivo, y a la concreción de otros derechos. Igualmente se omite el rol de Internet en la preservación y promoción de las identidades culturales y lingüísticas, particularmente considerando los efectos abrasivos del flujo unidireccional de información desde un reducido número de países a otros muchos.

Internet ha favorecido el acceso a la información, pero *Internet Freedom* excluye deliberadamente de su ámbito cómo la creciente protección de la propiedad intelectual afecta la concreción de los derechos humanos (CLINTON, 2010). La normativa de propiedad intelectual confiere un monopolio para la explotación de ciertas invenciones y creaciones. Así, por ejemplo, la concesión de patentes sobre farmacéuticos obstaculiza la implementación de programas de acceso universal a medicamentos (COSTA; VIEIRA; REIS, 2008), así como de medidas de política pública que protegen el derecho a la salud y a la vida (CORREA, 2005; NWOBIKE, 2006).

Internet favorece el libre flujo de contenidos, pero, paradójicamente, la mayor parte de dichos contenidos está sujeto a restricciones para su uso por las leyes de propiedad intelectual que establecen derechos de autor, esto es, un monopolio en la explotación de las obras creativas, que impide hacer uso de ellas sin la autorización de su titular. Esto restringe la libertad de expresión, obstaculiza el desarrollo (DRAHOS; BRAITHWAITE, 2002), y socaba la libertad creativa (LESSIG, 2005; TRIDENTE, 2009). Especialmente en los países en desarrollo, los derechos de autor afectan la concreción del derecho a la educación, al impedir el uso de contenidos sin mediar autorización y pago al titular de los derechos autorales (BRANCO, 2007).

En los recientes años, ha existido un esfuerzo sistemático de ciertos países desarrollados por impulsar la adopción de normas internacionales de observancia de la propiedad intelectual que colisionan con el derecho a la vida privada, al requerir la identificación indiscriminada de usuarios por supuesta infracción a los derechos de autor (CERDA, 2011b, p. 641-643); con el debido proceso, al expulsar a los supuestos infractores de Internet sin las garantías judiciales apropiadas (FRANCIA, 2009); e incluso con las limitaciones a la intervención penal impuestas por instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, al imponer prisión por simples deudas de carácter civil (VIANNA, 2006, p. 941-942). El propio relator especial La Rue ha llamado la atención acerca de las prácticas de censura a la libertad de expresión fundadas en la protección a la propiedad intelectual (NACIONES UNIDAS, 2011, p. 13-15).

El conflicto entre las normas de propiedad intelectual y los derechos humanos es síntoma de la creciente inconsistencia entre las normas de derecho internacional aplicables al comercio y aquellas concernientes a los derechos humanos (DOMMEN, 2005; FORTIN, 2008). Pero *Internet Freedom* hace oídos sordos a los excesos de la propiedad intelectual y sus nocivos efectos sobre los derechos humanos.

3.3 Rol del sector privado

Internet descansa en un enorme tramado de voluntades y esfuerzos del sector privado. Organismos técnicos que administran los recursos de la red, proveedores de comunicaciones transatlánticas, prestadores de servicio de telecomunicaciones, empresas de acceso a la red, proveedores de contenidos y de servicios en línea. Una larga lista de actores que hacen de Internet un entorno esencialmente privado. En cambio, tradicionalmente, los derechos humanos catapultados por la reacción a las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, se han centrado en el accionar estatal y, por consiguiente, parecen dejar la mayor parte de cuanto acontece en la red exento de control.

Internet ha incrementado la preocupación por el rol que las empresas tienen en la violación de los derechos humanos en complicidad con ciertos gobiernos. A la conocida colaboración de algunos operadores a la represión política en China, se suma el suministro de tecnología para el rastreo en línea de opositores en Siria, y la exportación de herramientas de vigilancia electrónica a gobiernos de cuestionable compromiso democrático en América Latina. *Internet Freedom* reconoce tal problema e insta al sector privado a adoptar pautas voluntarias de respeto a los derechos humanos, cuya eficacia es discutible y sus resultados son aún precarios.

Internet Freedom desatiende el hecho de que en muchas oportunidades son las empresas las que violentan los derechos de las personas, no en complicidad con el Estado, sino por sí mismas. Los ejemplos son múltiples, desde prestadores de servicio que procesan indebidamente información personal de sus usuarios y proveedores de servicios de vigilancia subrepticia en línea, hasta operadores de telecomunicaciones que interfieren las comunicaciones electrónicas de sus clientes (NUNZIATO, 2009). A medida que Internet penetra más en nuestras vidas, un enfoque que minimiza la responsabilidad del sector privado es insuficiente. De hecho, disponer de adecuada protección para nuestros derechos en el entorno en línea, tanto frente al accionar de actores públicos como privados, se transforma en prioritario.

3.4 Gobernanza de Internet

Internet Freedom se nutre de la falsa creencia de que la red nació, ha crecido y florecerá al margen de la acción del Estado, cuya intromisión es fuertemente rechazada (LIDDICOAT, 2011, p. 14). Serán los nuevos ciudadanos del entorno virtual –técnicos, usuarios, y proveedores– quienes definirán la Internet y quienes adoptarán de consuno normas de autorregulación. Es comprensible, entonces, que *Internet Freedom* no cuestione el supuesto *laissez-faire digital*, que encubre el total desapoderamiento social en el futuro de Internet. De hecho, la gobernanza de la red es un tema silenciado en el discurso de *Internet Freedom*.

No es casualidad, entonces, que quienes abogan por *Internet Freedom* rechacen cualquier iniciativa para adoptar un mecanismo de gobernanza global de Internet. La reciente tentativa de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, la agencia de Naciones Unidas especializada en la materia, por adoptar ciertas normas relativas a la red es una prueba ostensible de dicha actitud. La atención mediática ignoró su trabajo proveyendo acceso a Internet en países en desarrollo y, en cambio, se centró en subestimar su capacidad técnica y demonizar sus propósitos, los cuales fueron alineados con aquellos de regímenes totalitarios. Poco o nada se dijo en torno a que, aún si la agencia no fuese la más apropiada y adoleciese de inconvenientes, era y es necesaria la existencia de algún mecanismo legítimo de gobernanza global para Internet que permita superar la evanescencia de las fronteras en línea, facilite la construcción de un espacio de coordinación gubernamental, y promueva la democratización y el respeto de los derechos humanos en Internet.

Algunos han sugerido que el gobierno de Internet debe tener lugar a través de un modelo que congregue a todos los interesados, desde los usuarios hasta las empresas que brindan servicios, incluyendo organizaciones sociales y el gobierno. Este modelo, sin embargo, no clarifica ni el ámbito de la toma de decisiones ni a quiénes compete la adopción de las mismas. Por otro lado, es dudoso que los intereses corporativos tengan el mismo nivel de legitimidad de aquellos representados por los gobiernos, particularmente si éstos gozan de representatividad democrática. Por último, este modelo supone la existencia de una sociedad civil fuerte y vigorosa, una cualidad de la cual muy pocos países pueden jactarse; de hecho, lo más usual es que, en materia de regulación de Internet, ésta no exista o se encuentre cooptada por intereses corporativos o del gobierno de turno.

3.5 *Priorizando el mercado*

Internet Freedom muestra un compromiso con la libertad de expresión y el derecho a la vida privada, en la medida que estos armonicen con el libre flujo de la información. Esta última expresión carece de antecedentes en instrumentos sobre derechos humanos, pero sí se la encuentra en instrumentos emitidos en foros comerciales, desde la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) al Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC), y más recientemente en la propuesta de texto del Departamento de Comercio de los Estados Unidos para el Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica, tratado que alienta la conformación de un área de libre comercio en la cuenca del Pacífico.³ En todos estos instrumentos, el libre flujo de información se emplea para matizar el grado de protección que se brindará al derecho a la vida privada y a la protección de los datos personales. En APEC se precisa aun más, al reconocerse que el libre flujo de información es esencial para el desarrollo de las economías de mercado y el crecimiento social.

Internet Freedom, entonces, prioriza el acceso y funcionamiento del mercado para los proveedores de información, desde la industria de tecnologías y *software*, a la industria de contenidos y entretenimiento. Esto explicaría la adhesión corporativa a algunas de las iniciativas *Internet Freedom*. Pero ello queda aún más en evidencia

cuando se (re)ordenan sus componentes y se consideran sus omisiones. Básicamente, *Internet Freedom* protege la libertad de expresión y en menor grado el derecho a la vida privada, siempre que no entorpezca la prestación de servicios y suministro de bienes de la información. Por supuesto, la información protegida por normas de propiedad intelectual es deliberadamente excluida de tal libre flujo. Para ello, *Internet Freedom* descalifica la intervención gubernamental, elude un sistema de gobernanza global, y soslaya la imposición de responsabilidad por violación de derechos humanos por el sector privado. Esto garantiza la ausencia de barreras al funcionamiento del libre mercado de información en línea. En suma, el libre mercado puede seguir funcionando y la protección de algunos derechos humanos ha sido un pretexto, quizá una externalidad positiva, pero no la prioridad.

4 Hacia una Internet fundada en los derechos humanos

Un reciente cúmulo de literatura explora la progresiva inclusión de la población afro-americana en los Estados Unidos. A pesar de haber obtenido su libertad en 1865, dicha población fue sistemáticamente excluida y su aspiración de igualdad traicionada, inclusive por el propio gobierno (GOLDSTONE, 2011). La doctrina “Separados pero Iguales” entronizada por la Corte Suprema perpetuó la segregación y la desigualdad, e hizo de la libertad una quimera. Esta política causó estragos sociales entre la población, pero había de pasar un siglo para que la doctrina en cuestión fuese abolida, y se confiriesen derechos civiles y políticos a la población afro-americana. Llamando a la construcción de una sociedad más igualitaria frente a la problemática, el entonces presidente Lyndon Johnson, acusó que “la libertad no es suficiente” (PATTERSON, 2010). Lo propio puede ser dicho de *Internet Freedom*.

Una política de Internet fundada en derechos humanos debe sustentarse en una visión global y comprensiva de tales derechos, incluyendo no sólo libertad de expresión y derecho a la vida privada, sino también derechos sociales, económicos, y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Dicha política debe también empoderar a las personas para que efectivamente ejerzan su ciudadanía en el entorno digital y puedan ser partícipes de la gobernanza de Internet, ya sea directamente o a través de cauces democráticos. Ella también debe establecer claras responsabilidades para los actores del sector privado, quienes ejercen mayor control en la estructura de Internet. Y, aunque no necesita desafiar al mercado, sí precisa anteponer los derechos humanos a las exigencias de éste. Examinemos brevemente cada uno de estos puntos.

4.1 Un enfoque global

Internet es una plataforma global de comunicaciones digitales. La aspiración de regular o desregular su funcionamiento sobre la base de un enfoque local, incluso si éste es consistente con derechos humanos, es insuficiente, porque prescinde del carácter transfronterizo de Internet. Es dicha evanescencia de las fronteras en línea lo que obliga no sólo a una coordinación global, sino también a que ésta se produzca

sobre la base de un cierto consenso global de los valores impulsados. Ya no se trata sólo de la versión local de ciertas libertades o derechos, sino de una fundada en el derecho internacional de los derechos humanos.

No sería justo culpar a un par o un grupo de países por impulsar una agenda reducida de derechos conforme a sus propios intereses, pero sí sería justo reprochar a aquéllos que la hacen propia sin crítica, y ciertamente a nosotros mismos cuando eludimos la responsabilidad de contribuir a su mejoramiento desde nuestras propias realidades. Incluso si una agenda es global, su concreción e implementación requiere localizar las prioridades (BERTONI, 2012), pero sin perder de vista un enfoque global.

4.2 Un enfoque comprensivo

Las declaraciones de derecho y su reconocimiento constitucional se concentraron inicialmente en poner límites a la actuación del Estado, en prevenir que el gobierno subyugase a los ciudadanos. Así, poniendo trabas a la intromisión del Estado en el hogar, o prohibiendo la censura. Sin embargo, esta concepción resulta limitada, pues omite que el Estado puede actuar como garante de las libertades, en especial frente al impacto de la concentración privada de poder sobre nuestras libertades (FISS, 1996). Un enfoque comprensivo de derechos humanos reconoce también en el Estado dicha capacidad y, de hecho, le demanda la intervención necesaria para proteger y promover los derechos de las personas.

Un enfoque comprensivo fundado en los derechos humanos debe extenderse a todos aquellos derechos susceptibles a las nuevas tecnologías e Internet. Libertad de expresión y derecho a la vida privada pueden parecer los más obvios, pero la creciente penetración de Internet pone en evidencia su potencial y riesgo para la concreción de una amplia gama de derechos civiles y políticos, así como sociales, económicos y culturales. Y, por supuesto, el derecho al desarrollo debe estar incluido entre ellos, particularmente frente a la ampliación de la brecha entre las personas y los pueblos en línea y aquellos desconectados de Internet.

Un enfoque de Internet fundado en los derechos humanos no sólo debe mirar a éstos comprensivamente, debe también articular un proceso para identificar cómo dichos derechos son afectados por Internet, a efectos de establecer los estándares que le son específicamente aplicables. Con acierto se ha sugerido seguir una aproximación basada en derechos, que enfatice la participación, introduzca supervisión, empodere a las personas, evite la discriminación, y conecte las decisiones con normas aceptadas de derechos humanos (LIDDICOAT, 2011, p. 16-17). Una Internet fundada en derechos humanos requiere plasmar éstos tanto en su contenido como en su proceso de formulación.

4.3 Responsabilidad empresarial

A diferencia de otros contextos, Internet nos pone en un entorno cuyo funcionamiento está esencialmente dominado por actores privados. La mayor parte de los gobiernos carecen de las capacidades técnicas y económicas de que disponen muchas empresas de informática o de telecomunicaciones para condicionar el funcionamiento de

Internet, y eventualmente infringir los derechos de las personas. Instar a dichos actores a cumplir voluntariamente con estándares basados en derechos humanos es, incluso si encomiable, insuficiente y pone al propio Estado en infracción de su deber de proteger a las personas frente a la violación de sus derechos esenciales.

Una Internet basada en derechos humanos no puede, por tanto, rehuir la responsabilidad que cabe al sector privado en la violación de los derechos humanos, no sólo cuando actúa en concomitancia con el Estado, sino también cuando lo hace a instancia propia. Esto obliga a fijar sin ambigüedades los patrones de conductas admisibles tanto del sector público como del sector privado. Así, por ejemplo, cuando la Unión Europea fija normas comprensivas que protegen a las personas del tratamiento indebido de su información y la violación de su vida privada por quienes procesan tal información, tanto si son organismos públicos como entidades del sector privado. Lo propio cuando los países de América Latina, y más recientemente también de África, incorporan estándares de derechos humanos en sus constituciones, haciéndolos exigibles no sólo del Estado, sino también del sector privado.

Más aún, dicha responsabilidad debe estar resguardada con mecanismos que la hagan efectivamente exigible. Ya no sólo una responsabilidad social, sino que legal, dotada de *enforcement*. Aquí hay lugar para la introducción de mejoras significativas a nivel doméstico. La experiencia de aquellos países que, además de hacer responsable a los actores privados por violación a los derechos humanos, han incorporado mecanismos procesales específicos para lograr su efectivo respeto, tanto por el gobierno como por los privados, es valiosa en este punto. Es el caso de los mecanismos constitucionales usados cotidianamente en varios países de América Latina para hacer los derechos fundamentales exigibles. Así, con prestadores de telecomunicaciones que han sido forzados a garantizar la neutralidad de la red; proveedores de reportes crediticios obligados a modificar sus políticas de tratamiento de información personal; prestadores de servicio de Internet instruidos para no fisgonear en las comunicaciones electrónicas de empleados; y, servicios de video vigilancia requeridos para hacer un uso proporcional de su tecnología.

Sin embargo, la protección de los derechos humanos sustentada en mecanismos de *enforcement* local es insuficiente, particularmente cuando se intenta aplicar a quiénes prestan servicios en línea desde terceros países. ¡Gracias al libre flujo de información! Así, ciertos operadores pueden sacar ventaja de la mayor flexibilidad que ciertos países confieren respecto de otros, en lo que puede ser definido como *human rights dumping*, que se origina de las asimetrías en que los derechos humanos son respetados de un país a otro, tal cual como quien manufactura productos en terceros países bajo condiciones medioambientales degradantes, o surte anaqueles con bienes producidos con trabajo infantil o bajo paupérrimas condiciones laborales.

La creciente importancia de Internet en nuestras vidas, y el privilegiado rol que actores privados tienen en la red, nos obliga a considerar la responsabilidad de éstos en relación con la violación de derechos humanos en línea. Mecanismos voluntarios o soluciones locales no son plenamente eficaces, sin embargo. Tal vez sea hora de volver sobre aquella iniciativa de Naciones Unidas para establecer un tratado que haga exigible el respeto de los derechos humanos, pero no sólo por los Estados sino también por los actores privados, aquellos que hoy controlan Internet.

4.4 Ciudadanía digital y gobernanza de Internet

La ausencia de un foro internacional para la efectiva gobernanza de Internet perpetúa ciertas asimetrías de poder entre aquéllos que actualmente la gestionan y quienes no. Rechazar dicha gobernanza sobre la base de que la red está fuera del alcance de los gobiernos es un argumento falaz y trasnochado, mientras que abogar por un sistema de gestión de consuno por los diversos grupos de interesados desconoce los sistemas de representatividad democrática y soslaya la virtual ausencia de una sociedad civil empoderada.

En adición a ser un espacio abierto y libre, Internet constituye un verdadero patrimonio común de la humanidad. Y así debería disponer de un sistema de gobernanza, un marco normativo internacional, y una institucionalidad similar a otros bienes de interés común de la humanidad, tales como la Antártica, el espectro radio eléctrico, o el Alta Mar. Esto no implica desechar la participación de diversos grupos de interés, la cual contribuiría al análisis de las complejidades de la red, junto con introducir transparencia, alentar el debate público, y proveer mejoras a los resultados.

Una Internet basada en derechos humanos no puede partir del supuesto de que la ciudadanía y las organizaciones de la sociedad civil disponen de capacidades instaladas para participar de la gobernanza de Internet. Más bien al contrario. Con la salvedad de un reducido número de países, la mayor parte de los países carece de dichas capacidades, o bien ellas están cooptadas por el sector privado o el gobierno en ejercicio. Una política de Internet basada en derechos humanos debe empoderar a las personas para que efectivamente ejerzan su ciudadanía en el entorno digital y puedan ser partícipes de la gobernanza de Internet, ya sea directamente o a través de cauces democráticos.

4.5 Primero los derechos humanos, luego el mercado

Pretender que los derechos humanos operan en un vacío sería cándido, ellos son el resultado de circunstancias históricas y su mayor o menor realización también descansa en las condiciones de tiempo y espacio en que tienen lugar. Una cierta dosis de realismo obliga a prestar atención a dichas circunstancias, tal como el funcionamiento de la mayor parte de la economía mundial sobre la base del mercado. Sin embargo, considerar el mercado no puede implicar claudicar a sus necesidades ni a sus estándares de eficacia, particularmente si ellos suponen la erosión de los derechos humanos.

Una Internet basada en derechos humanos debe anteponer éstos al mercado. Así, no puede abogar por morigeraciones en el respeto al derecho a la vida privada u otro derecho cualquiera en aras de preservar la libre circulación de la riqueza. Ni puede excluir la imposición de limitaciones sobre la propiedad intelectual, u otros intereses de carácter esencialmente privado, cuando ellas son necesarias para garantizar la concreción de los derechos humanos. Los derechos humanos primero, el mercado después.

5 Consideraciones finales

Internet cobra cada día mayor relevancia en la vida social y es necesario disponer de una clara política de derechos humanos a su respecto. Dicha política no puede, sin embargo, limitarse a un enfoque local y parcial de sólo ciertos derechos fundamentales, que privilegie el funcionamiento del mercado, silencie el rol del Estado, y omita los desafíos de una efectiva gobernanza global de Internet.

Una política de Internet fundada en derechos humanos debe sustentarse en una visión global y comprensiva de estos derechos, que incluya tanto los derechos civiles y políticos, como los derechos sociales, económicos, y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Dicha política debe empoderar a las personas para que efectivamente ejerzan su ciudadanía en el entorno digital y puedan ser partícipes de la gobernanza de Internet, establecer claras responsabilidades para los actores del sector privado, y anteponer los derechos humanos a las demandas del mercado.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María. 1999. **La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática**. Pamplona: Aranzadi.
- ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION (APEC). 2004. **APEC privacy framework**, adoptado en la 16a Reunión Ministerial de APEC, 17 y 18 de noviembre de 2004, Santiago de Chile.
- BARLOW, John Perry. 1996. **A Declaration of the Independence of Cyberspace**, 8 de febrero. Davos, Switzerland. Disponible en: <<https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>>. Visitado el: 16 Mar. 2013.
- BERTONI, Eduardo (Comp.) 2012. **Hacia una internet libre de censura**: propuesta para América Latina. Buenos Aires: Universidad de Palermo.
- BRANCO, Sergio. 2007. A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação. *SUR*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 120-141. Disponible en: <<http://www.surjournal.org/index6.php>>. Visitado en: 16 Mar. 2013.
- CERDA, Alberto. 2011a. El “nivel adecuado de protección” para las transferencias internacionales de datos personales desde la Unión Europea. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, v. 36, n. 1, p. 327-356, ago.
- _____. 2011b. Enforcing intellectual property rights by diminishing privacy: how the Anti-Counterfeiting Trade Agreement Jeopardizes the Right to Privacy. *American University International Law Review*, Washington DC, v. 26, No. 3, p. 601-643.
- CERF, Vinton G. 2012. Internet access is not a human right. *New York Times*, New York, 5 enero, p. A25. Disponible en: <http://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html?_r=1&ct>. Visitado el: 16 Mar. 2013.
- CLINTON, Hillary Rodham. 2010. **Remarks on Internet Freedom**. Discurso pronunciado en el Newseum, 21 de enero de 2010. Washington DC: U. S. Department of State.

Disponible en: <<http://www.state.gov/secretary/rm/2010/01/135519.htm>>. Visitado el: 16 Mar. 2013.

- CHAVES, Gabriela Costa; VIEIRA, Marcela Fogaça; REIS, Renata. 2008. Acceso a medicamentos y propiedad intelectual en Brasil: reflexiones y estrategias de la sociedad civil. 2008. SUR, São Paulo, v. 5, n. 8, p. 168-198. Disponible en: <http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo8.php?artigo=8,artigo_chaves.htm>. Visitado el: 16 Mar. 2013.
- CORREA, Carlos M. 2005. El acuerdo sobre los ADPIC y el acceso a medicamentos en los países en desarrollo. SUR, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 26-39. Disponible en: <<http://www.surjournal.org/esp/index3.php>>. Visitado el: 16 Mar. 2013.
- DYNAMIC Coalition on Internet Rights and Principles. Disponible en: <<http://internetrightsandprinciples.org/site/charter/>>. Visitado el: 16 Mar. 2013.
- DOMMEN, Caroline. 2005. Comercio y derechos humanos: rumbo a la coherencia. SUR, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 6-25. Disponible en: <<http://www.surjournal.org/esp/index3.php>>. Visitado el: 16 Mar. 2013.
- DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. 2002. **Information feudalism: who owns the knowledge economy?** Londres: Earthscan Publications. Disponible en: <http://www.anu.edu.au/fellows/jbraithwaite/_documents/Manuscripts/Information_Feudalism.pdf>. Visitado el: 16 Mar. 2013.
- FISS, Owen M. 1996. **The irony of free speech**. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- FORTIN, Carlos. 2008. Régimen jurídico del comercio internacional y derechos humanos: una compleja relación. Anuario de Derechos Humanos, Santiago de Chile, n. 4, p. 231-244.
- GOLDSMITH, Jack L.; WU, Tim. 2006. **Who controls the Internet?:** illusions of a borderless world. New York: Oxford University Press.
- GOLDSTONE, Lawrence. 2011. **Inherently unequal:** the betrayal of equal rights by the Supreme Court, 1865-1903. New York: Walker & Company.
- LESSIG, Lawrence. 2005. **Cultura libre:** cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad. Santiago de Chile: LOM Ediciones.
- LIDDICOAT, Joy. 2011. Conceptualising accountability and recourse. In: GLOBAL Information Society Watch 2011: Internet rights and democratization: focus on freedom of expression and association online. South Africa: Association for Progressive Communications (APC); Humanist Institute for Cooperation with Developing Countries (Hivos), p. 15-19. Disponible en: <http://giswatch.org/sites/default/files/gisw2011_en.pdf>. Visitado el: 16 Mar. 2013.
- MOUNIER, Pierre. 2002. **Los dueños de la Red:** una historia política de Internet. Madrid: Editorial Popular.
- NACIONES UNIDAS. 2003. Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. **Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos**. UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (26 de agosto de 2003).
- _____. 2011. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue**. UN Doc. /HRC/17/27 (16 de mayo de 2011).
- _____. 2012. Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos. **Resolución sobre la promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet**. UN Doc. A / HRC/20/L.13 (29 de junio de 2012).
- NUNZIATO, Dawn C. 2009. **Virtual freedom:** net neutrality and free speech in the Internet age. Stanford, CA: Stanford Law Books.

- NWOBIKE, Justice C. 2006. Empresas farmacéuticas y acceso a medicamentos en los países en desarrollo: el camino a seguir. SUR, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 128-145. Disponible en: <<http://www.surjournal.org/esp/index4.php>>. Visitado el: 16 Mar. 2013.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). 1980. **Recommendation of the council concerning guidelines governing the protection of privacy and transborder flows of personal data**: adoptada por el Consejo el 23 de septiembre de 1980. OECD Doc. C(80)58/Final.
- PATTERSON, James T. 2010. **Freedom is not enough**: the Moynihan report and America's struggle over black family life: from LBJ to Obama. New York: Basic Books.
- TRIDENTE, Alessandra. 2009. **Direito autoral**: paradoxos e contribuições pra a revisão da tecnologia jurídica no século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier.
- UNITED STATES OF AMERICA. 2010. Public Law. Limitations on liability relating to material online, Title 17, Chapter 5, § 512. United States Code, Copyrights, 2006 Edition, Supplement 5, Title 17. Disponible en: <<http://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCODE-2010-title17/USCODE-2010-title17-chap5-sec512/content-detail.html>>. Visitado el: 16 Mar. 2013.
- _____. Public Law. 2011. Protection for private blocking and screening of offensive material, 47, § 230. United States Code, Telegraphs, Telephones and Radiotelegraphs, 2006 Edition, Supplement 5, Title, 17. Disponible en: <<http://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCODE-2011-title47/USCODE-2011-title47-chap5-subchapII-partI-sec230/content-detail.html>>. Visitado el: 16 Mar. 2013.
- VIANNA, Túlio Lima. 2006. A ideologia da propriedade intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Ciudad de México, v. 12, n. 2, p. 933-948.
- WAGNER, Ben. 2011. Freedom of expression on the Internet: implications for foreign policy. In: GLOBAL Information Society Watch 2011: Internet rights and democratization: focus on freedom of expression and association online. South Africa: Association for Progressive Communications (APC); Humanist Institute for Cooperation with Developing Countries (Hivos), 2011. p. 20-22. Disponible en: <http://giswatch.org/sites/default/files/gisw2011_en.pdf>. Visitado el: 16 Mar. 2013.

Jurisprudencia

- FRANCIA. 2009. Consejo Constitucional. Decisión no. 2009-580DC, 10 de junio de 2009, párrafo 17.

NOTAS

1. Véase (Internet Rights & Principles Coalition, Beta Version of the Charter of Human Rights and Principles for the Internet) Carta de Derechos Humanos y Principios en Internet, disponible en <<http://internetrightsandprinciples.org/site/charter/>> (Vistado el: 16 de Mar. de 2013).
2. El sistema estadounidense establece una exención de responsabilidad para terceros intermediarios para la infracción de derechos autorales en línea y un régimen de inmunidad para otros contenidos. Véase, 17 United States Code § 512: Limitations on liability relating to material online, and 47 United States Code § 230: Protection for

private blocking and screening of offensive material.

3. Véanse, ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), Recommendation of the Council concerning Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, adoptada por el Consejo el 23 de septiembre de 1980 – OECD Doc. C(80)58/Final; y, ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION (APEC), APEC Privacy Framework, adoptado en la 16a Reunión Ministerial de APEC, celebrada en Santiago de Chile entre el 17 y 18 de noviembre de 2004.

ABSTRACT

Technological development provides new opportunities for the progress of humanity as well as for the realization of human rights, although, at the same time, it also creates new risks for these rights. In recent years, public-private initiatives have advanced the need to promote and preserve freedom on the Internet as an essential assumption for the progress towards the realization of human rights and the functioning of a democratic society. One of these is called Internet Freedom.

In this article, the author maintains that the focus of Internet Freedom is, however, limited, because it provides a skewed view of the relevance of human rights in the online environment. After noting these limitations, the author suggests elements that should be integrated in an Internet approach sustained by a comprehensive focus on human rights for the Internet.

KEYWORDS

Internet Freedom – Human rights – Digital citizenship – Internet governance – Corporate responsibility

RESUMO

O desenvolvimento tecnológico oferece novas oportunidades para o progresso da humanidade, assim como para a concretização dos direitos humanos, embora, ao mesmo tempo, também crie novos riscos para estes mesmos direitos. Em anos recentes, diversas iniciativas público-privadas trouxeram à luz a necessidade de promover e preservar a liberdade na Internet, como pressuposto essencial para a progressiva realização dos direitos humanos e o funcionamento de uma sociedade democrática. Trata-se de *Internet Freedom*.

Neste artigo, sustenta-se que o enfoque de *Internet Freedom* é, entretanto, limitado, pois oferece uma visão tendenciosa da relevância dos direitos humanos no ambiente *online*. Após constatar essas limitações, o artigo sugere os elementos que deveriam integrar uma abordagem da Internet baseada em um enfoque pormenorizado dos direitos humanos para a Internet.

PALAVRAS-CHAVE

Internet Freedom – Direitos humanos – Cidadania digital – Governança da Internet – Responsabilidade empresarial



FERNANDA RIBEIRO ROSA

Fernanda Ribeiro Rosa es socióloga, egresada de la Universidad de São Paulo (USP) y tiene maestría en Gestión y Políticas Públicas en la Fundación Getúlio Vargas (FGV) con tesis en la temática de literacidad digital. Su experiencia profesional se centra en las áreas de gestión pública, políticas públicas, investigación y derechos humanos.

Email: feferosa@gmail.com

RESUMEN

El objetivo de este estudio es abordar el área de la inclusión digital como un campo de acción perteneciente al Estado y a las políticas públicas, inmersa en una pluralidad de concepciones y en un espacio de disputa por sus significados. Para ello, examinamos algunos sentidos dados a la inclusión digital y los dilemas que surgen a partir de ellos para la formulación de políticas públicas, utilizando como referencia las discusiones presentes en la bibliografía de derechos humanos y la comprensión del derecho a la comunicación como una de las vertientes de esa temática. Se defiende la importancia de abordar la inclusión digital como un derecho social, a partir del diálogo con la Educación y con el concepto de literacidad digital, lo que implica una mirada que va más allá del acceso a las TIC y presupone la definición de las habilidades y prácticas sociales necesarias en la actual etapa informática de la sociedad, para que se conviertan en el eje de nuevas políticas públicas.

Original en portugués. Traducido por Ariel Lobos.

PALABRAS CLAVES

Inclusión digital – TIC – Derechos humanos – Políticas públicas – Literacidad digital



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

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

INCLUSIÓN DIGITAL COMO POLÍTICA PÚBLICA: DISPUTAS EN EL CAMPO DE LOS DERECHOS HUMANOS*

Fernanda Ribeiro Rosa**

[...] el derecho a la libertad de palabra posee poca sustancia si, debido a la falta de educación, no se tiene nada para decir que valga la pena ser dicho, y ningún medio para hacerse oír si hay algo para decir.
(MARSHALL, 1967, p. 80)

1 Introducción

Para comprender el área de inclusión digital como un nuevo campo de acción del Estado y, por consiguiente, de políticas públicas, es fundamental reconocer que el término inclusión digital se encuentra en un amplio territorio de disputas por sus concepciones y objetivos y que, en un plano singular, transmite poco de su complejo campo de significados.

En este artículo, ese campo es pautado considerando, por un lado su riqueza y, por el otro, las dificultades que surgen para la formulación de políticas públicas, ya que no es poco frecuente que el tema de la inclusión digital se comprenda más como un territorio producto de la disputa y de innovaciones entre corporaciones en el avanzado mercado de tecnología, que como un espacio carente de producción de políticas públicas; más como una cuestión a resolver “naturalmente” mediante el mayor acceso a las nuevas tecnologías y no tanto como un área en cuyo centro es necesario colocar a los sujetos, a las prácticas y a las habilidades necesarias para su desarrollo.

*Este artículo se elaboró con el apoyo de la segunda edición del Programa de Incentivo a la Producción Académica en Derechos Humanos, durante el primer trimestre de 2013, en una asociación entre Conectas Derechos Humanos y la *Fundação Carlos Chagas*. Para obtener más información, visite: <http://www.conectas.org/revista-sur/conectas-e-fundacao-carlos-chagas-divulgam-selecionados-para-o-programa-de-incentivo-a-producao-academica-em-direitos-humanos?pg=2>. Último acceso en: mayo de 2013.

**Agradezco enormemente el apoyo que me prestó el equipo del programa y, especialmente, la orientación del profesor Sérgio Amadeu da Silveira, cuyos comentarios fueron fundamentales para la versión final del artículo, sin que sean de su responsabilidad posibles incorrecciones.

A partir del diálogo con la bibliografía producida en el campo de los derechos humanos y de la comprensión del derecho a la comunicación como una de las vertientes de esta temática, se intenta analizar los desafíos presentes en la trayectoria de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) como política pública. Los resultados del análisis señalan que la actual etapa de las TIC y de los debates en torno a ellas conduce a la necesaria comprensión del campo de la inclusión digital como una dimensión de la ciudadanía. Esta comprensión se logra, fundamentalmente, por medio del concepto de literacidad digital, cuyo foco recae en la calidad del acceso y en la autonomía de los sujetos como ejes de la acción gubernamental.

El artículo comienza mostrando el contexto en el que emerge el área de inclusión digital, los diferentes roles ejercidos por los Estados en el desarrollo de las telecomunicaciones y en la masificación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC). En este escenario, surgen elementos diferenciadores de políticas entre los países que permiten explicitar la aplicación de diferentes visiones de inclusión digital, puesto que las concepciones de derechos humanos involucradas se muestran como un espacio fértil para la comprensión de las diferencias.

Luego, en la búsqueda de profundizar las disputas acerca del concepto de inclusión digital como derecho humano, utilizaremos las vertientes analíticas de políticas públicas que enfatizan las “ideas”, es decir, los valores y concepciones de mundo presentes en el universo de disputa de las políticas públicas. Después de presentar algunos supuestos de esas vertientes, se intentará comprender los conflictos y sentidos no siempre explícitos en los discursos de los actores en el campo de la inclusión digital y que, en la concepción presentada en el artículo, influyen en la adhesión a ciertas alternativas de políticas en detrimento de otras.

Para el análisis de estas cuestiones, se utiliza como referencia el ejemplo del surgimiento de la Educación como nuevo derecho social a comienzos del siglo XX, cuando educar a los individuos se volvió fundamental para el nuevo paradigma de desarrollo económico.

El artículo finaliza con la discusión sobre la literacidad digital como un aspecto fundamental para canalizar la lucha por el reconocimiento de la inclusión digital como derecho social y estimular nuevas políticas públicas centradas en las habilidades y prácticas sociales necesarias para la formación de ciudadanos autónomos en la sociedad actual.

2 Inclusión digital: sentidos que emergen en un nuevo campo de acción del Estado

La inclusión digital como área de políticas públicas es reciente, sobre todo si se la compara con el rol de otras políticas sociales, como la salud y la educación, o el de políticas de infraestructura, como las telecomunicaciones (MORI, 2011). En ese contexto, como concepto, la inclusión digital es objeto de disputa entre muchos significados. Además de definir un campo multifacético, cuyo elemento agregado es el foco en las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC), entre las que se destacan la computadora, el celular y, sobre todo, Internet, inclusión digital es un término utilizado para adjetivar diferentes acciones, programas y

políticas públicas relacionadas con las TIC. Por ello, no es exageración o modismo el comprender el concepto de manera plural o encontrar menciones a la idea de “exclusiones digitales” en oposición a los diferentes tipos de inclusiones (BARZILAINAHON, 2006).

Castells destaca la importancia de los grandes avances tecnológicos vividos al final del siglo XX y que dan origen a la más reciente “revolución tecnológica” de la humanidad, “induciendo a un estándar de discontinuidad en las bases materiales de la economía, sociedad y cultura” (CASTELLS, 2005, p. 68). Como ejemplo de ese proceso para nada trivial, en los Estados Unidos Internet alcanzó los 50 millones de usuarios en cuatro años, mientras que la televisión demoró 13 años en hacerlo, la computadora 16 y la radio 38 años (TAKAHASHI, 2000, p. 3).

A pesar de su capilaridad y reconocida importancia, la distribución de las nuevas TIC nunca fue homogénea, sino que, por el contrario, reprodujo un estándar de desigualdad, alcanzando primero a regiones de capitalismo más avanzado y clases económicas más elevadas en todo el mundo. A manera de ejemplo, las cifras del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística, de 2010, muestran que mientras en África el promedio de usuarios de Internet varía, en sus diferentes regiones, entre 6 y 10 por cada 100 habitantes, en América del Sur, el promedio es de 33 usuarios por cada 100 habitantes, en América del Norte (Estados Unidos y Canadá) el promedio asciende a 80 usuarios y en Europa occidental se contabilizan 82 usuarios por cada 100 habitantes.¹ En ese marco, el significado de las TIC en la estructura social es comúnmente problematizado, y se establece una mirada que opone a quien forma parte y a quien queda al margen del uso de las nuevas tecnologías y de los beneficios productos de esas transformaciones, en un proceso que se conoce internacionalmente como *digital divide* o *digital gap* y que en Brasil traducimos como exclusión o brecha digital. Su sentido inverso y positivo se llama en Brasil inclusión digital y, con menos frecuencia, en países de lengua inglesa, como *digital inclusion*.

Mori (2011) encuentra en la bibliografía internacional la palabra *divide*, con el sentido de desentendimiento, división entre partes y separación de grupos sociales, lo cual remite a la lucha por los **derechos civiles**, en los EE.UU., en la década de 1960. Por otro lado, *inclusion* estaría relacionado con discusiones que, con frecuencia, tratan sobre las desigualdades económicas, políticas, sociales, culturales y de género, entre otras (MORI, 2011, p. 34). En Brasil, sabemos que la palabra “inclusión” también está cargada de sentido, debido a las luchas por los derechos sociales llevadas a cabo en una sociedad históricamente desigual y signada por regímenes dictatoriales, durante los cuales se evidenciaron avances importantes en el campo de los derechos sociales en el siglo XX, a pesar de los límites impuestos a los derechos civiles y políticos (CARVALHO, 2012). Esas luchas difundieron la idea de “inclusión social”, sobre todo a partir de mediados de la década de 1970, por medio de la eclosión de los “nuevos movimientos sociales”, que influyeron, en gran medida, en el contenido de la Constitución de 1988, conocida como la “Constitución Ciudadana” (SILVA; YASBEK; DI GIOVANNI, 2004, p. 22). En ese contexto, no nos parece aleatorio que sea el concepto de *digital divide*, más próximo históricamente a las discusiones sobre derechos civiles, aquel que se difunde en los Estados Unidos, país que se basa socialmente en ideales igualitarios,

independencia e iniciativa personal (KOWARICK, 2003, p. 63), mientras que en Brasil, el concepto que se consolida es el de “inclusión digital”, más marcado por la lucha por los derechos sociales, históricamente relevantes en el país.

3 Diversos conceptos

A lo largo de los años, la cuestión de la inclusión *versus* exclusión digital ha sido abordada de diferentes formas, distanciándose de la lógica binaria de tener o no tener acceso y avanzando en la dirección de comprender que existen diversas gradaciones posibles (WARSCHAUER, 2006) o la llamada “desigualdad digital” entre usuarios (DIMAGGIO; HARGITTAI, 2001).

Mediante una investigación bibliográfica, Mori (2011) identifica tres vertientes de la comprensión del concepto de inclusión digital: como “acceso”, como “alfabetización digital” y como “apropiación de tecnologías”. La primera se basa en la distribución de bienes y servicios que garanticen el acceso a la infraestructura y a las TIC. La segunda vertiente enfatiza las habilidades básicas en TIC, que permitan al individuo saber hacer uso de ellas y, en este caso, el acceso a los medios físicos y la alfabetización escolar representan los requisitos necesarios a desarrollar. La tercera vertiente defiende un paso posterior a la llamada alfabetización digital: además de saber utilizarlas, los individuos deben desarrollar una comprensión de los nuevos medios que les permitan apropiarse de esos recursos para “reinventar sus usos y no constituirse en meros consumidores” (MORI, 2011, p. 40).

Esta última vertiente, a pesar de que pueda comprenderse como un tipo de concepción sobre inclusión digital, ha recibido denominaciones paralelas por parte de algunos autores con vistas a explicar el sentido de apropiación y desarrollo autónomo de los sujetos frente a las nuevas tecnologías. En ese sentido, Schwartz (2006) denomina “emancipación digital” al proceso que permite a los individuos utilizar las tecnologías en favor de la construcción de conocimiento, mientras que Silveira (2008) utiliza el concepto de “inclusión digital autónoma”, comprendiendo que tanto el conocimiento de los individuos como la infraestructura, centro de la lógica de competición de mercado, son indisociables de la idea de autonomía esperada. Warschauer (2006) también discute la dificultad de abarcar en “inclusión-exclusión digital” la idea de un desarrollo social que supere el mero acceso físico a las computadoras y a la conectividad.

Otro concepto que surge es el de literacidad digital (SILVA et al., 2005; BUZATO, 2009; ROSA; DIAS, 2012), cuyo origen es el campo de la educación, en el cual literacidad significa más que ser alfabetizado y abarca la capacidad de aplicar el conocimiento en un determinado contexto (SOARES, 2004).

Aunque el sentido común defina la literacidad como la habilidad individual de ser capaz de leer y escribir, los teóricos de la “nueva literacidad” prefieren una definición más abarcativa, que considera los contextos sociales de la práctica asociada a la instrucción [...] aquello que se considera lectura o escritura hábil varía ampliamente de acuerdo con los contextos histórico, político y sociocultural.

(WARSCHAUER, 2006, p. 65-66).

En lo que respecta a las TIC, este abordaje supone que un individuo con literacidad digital va más allá de la destreza en el uso de herramientas del entorno digital, volviéndose capaz de hacer uso social de las habilidades en las TIC en su día a día, en una acción consciente frente a sus necesidades. De esa manera, es posible ver que literacidad digital **no se confunde** con la idea de alfabetización digital, más relacionada con los aprendizajes iniciales de las nuevas tecnologías.

Retomaremos este tema más adelante, pero queremos poner en evidencia, en este momento, la mayor amplitud y tenor político establecido por la línea que defiende la inclusión digital como apropiación de tecnología en relación con las otras vertientes.

3.1 Diversos objetivos

Además de los diversos significados asociados al concepto de inclusión digital, es también importante prestar atención a los diferentes propósitos vinculados con ella y sistematizados por Mori (2011): inclusión digital como elemento de desarrollo económico; como resolución de problemas sociales; y como herramienta para el desarrollo multidimensional del sujeto, y que se relaciona con la garantía de derechos de ciudadanía.

El abordaje que propone al desarrollo económico como objetivo de la inclusión digital se basa en la necesidad de capacitar a trabajadores para incrementar sus oportunidades en el mercado. La vertiente que vincula la inclusión digital a la resolución de problemas sociales apuesta al poder de las tecnologías como catalizadoras de cambios y busca volver sinónimas la inclusión digital y la inclusión social. Sin embargo, según la autora, esta vertiente implica un determinismo tecnológico, al atribuir a las tecnologías el poder de resolver problemas de naturaleza muy diversa.

Finalmente, el abordaje que relaciona la inclusión digital con la garantía de derechos de ciudadanía se vuelve hacia los actores, centrándose en el uso de las TIC por individuos y comunidades en diferentes actividades de su día a día, con el fin de mejorar sus condiciones de vida y teniendo en cuenta tanto las diversas dimensiones que los involucran como las TIC.

Es de notar que los autores que defienden el sentido de apropiación de tecnologías, discutido anteriormente, tienden a comprender al objetivo de la inclusión digital como una garantía de derechos. A manera de ejemplo podemos citar a Silveira, para quien “[...] es fundamental que las personas sean capacitadas cognitivamente, formadas para realizar con el mismo ritmo de las elites la búsqueda de sus necesidades y la defensa de sus derechos” (SILVEIRA, 2008, p. 37).

Frente a esta resumida exposición, parece evidente que la inclusión digital surge como un nuevo campo de acción en las sociedades, a finales del siglo XX. No está en cuestión la importancia o insignificancia de las nuevas tecnologías, a pesar de las críticas a los usos y a los actores que se apropian de los efectos de su desarrollo (CASTELLS, 2005; SILVEIRA, 2012). El principal punto de debate que identificamos en la discusión anterior se refiere a **lo que se entiende como inclusión digital** (acceso, alfabetización digital o apropiación de tecnologías) y a **cuál es su objetivo** (desarrollo económico, resolución de problemas sociales o garantía de derechos), para que la población usufructúe de una condición mínima que la torne

apta para desarrollarse en un escenario social que exige el uso y el conocimiento de nuevas herramientas y recursos digitales. Es que pese a la asociación con actores no gubernamentales, al desarrollo tecnológico y su expansión en las sociedades en diversos países (TAKAHASHI, 2000, p. 33), y la fuerte presencia del mercado, que produce herramientas digitales de cada vez más fácil acceso, la inclusión digital, sobre todo en el sentido de acceso a la infraestructura, ha alcanzado el *status* de acción gubernamental de distintas formas.

3.2 *Diferentes abordajes, universalización y focalización*

Un ejemplo de escenario en el que se destaca el papel activo del Estado fue la definición del acceso a Internet como un derecho fundamental emitida por el Consejo Constitucional de Francia, en una actitud pionera, en 2009. También en ese país, al final de la década de 1970, se desarrolló el sistema *Minitel*, que conectaba una pantalla al teléfono y era distribuido gratuitamente por la agencia de telecomunicación, estatal en aquel entonces. Para una colaboradora de la agencia, el objetivo de *Minitel* era: “[...] informatizar la sociedad francesa y asegurar la independencia tecnológica de Francia” (SCHOFIELD, 2012, la traducción es nuestra). El aparato comenzó a incluir servicios como resultados de exámenes, bancos, reservas de pasajes y conversaciones, entre otros. En 1982, se convirtió en un servicio nacional y, en la década de 1990, continuaba siendo utilizado por más de 25 millones de usuarios. Curiosamente, *Minitel* solo comenzó su proceso de extinción en 2012, treinta años después de su lanzamiento, debido a las evidentes limitaciones frente a la evolución de Internet (SCHOFIELD, 2012).

Otra experiencia de fomento público son los primeros telecentros (*telecottages*), puestos a disposición desde 1985 por los gobiernos de Escandinavia, como espacios para suministrar comunicación a pequeños poblados y aldeas rurales. Esta acción, iniciada en Suiza y Dinamarca, tenía como objetivo aspectos más sociales que técnicos y comenzó a ser clasificada como *modelo escandinavo* de telecentros, en oposición al *modelo anglosajón*. Este último se basaba en telecentros (*telecentres*) de propiedad conjunta entre los sectores público y privado, sin focalización en poblaciones más vulnerables, como sucedía en el primer modelo. Los objetivos de los telecentros anglosajones eran más comerciales: dar a la población acceso a los recursos más modernos de tecnología, suministrar cursos para empresarios y trabajadores y alquilar salas para aquellos que deseaban trabajar fuera de su domicilio, pero que no poseían oficinas o herramientas para ello, en un incentivo al trabajo remoto (MOLNÁR; KARVALICS, 2002).

En la misma línea de creación de telecentros, el Ministerio de Comunicaciones brasileño en los últimos años ha brindado su apoyo a la implementación de telecentros públicos y comunitarios, en lugares sin acceso, por medio de organizaciones sociales con las cuales firmó convenios. Además de los muebles, equipos y el acceso a Internet de banda ancha, el gobierno provee becas de capacitación a monitores locales en asociación con organizaciones no gubernamentales (ONG).²

Hay otros ejemplos que exponen diferentes actores y estrategias de ejecución, como el de los Estados Unidos, donde los *Computer Technological Centers* o Centros

Tecnológicos de Computadora (CTC), mantenidos desde la década de 1990 por organizaciones no estatales y por subvenciones de universidades y empresas, suministran acceso y cursos de formación en TIC para poblaciones vulnerables en el país con el apoyo de gigantes del sector de la informática, como *Apple* y AT&T. A pesar de que el caso estadounidense no involucre al Estado en la acción presentada, es interesante para señalar diferencias en los diseños y en la no exclusividad de actores responsables de las acciones en el área de inclusión digital. Independientemente de esa diferencia, las acciones de telecentros en Brasil y en Estados Unidos se aproximan al modelo escandinavo en lo que se refiere a su foco en las poblaciones con escaso o ningún acceso.

Aunque esas acciones obviamente no pretendan representar a la totalidad de las políticas de inclusión digital en esos países, proporcionan un panorama sobre los distintos modos de respuesta a las demandas sociales. Al mismo tiempo, esas experiencias muestran las diferencias que se verifican tanto en la concepción de programas como en el rol ejercido por el Estado en cada una de ellas, que conducen a la importante discusión sobre universalización y focalización de las políticas públicas. Como se observa, mientras que en el ejemplo francés la actuación del Estado es universal, los casos seleccionados de Escandinavia, Brasil y Estados Unidos representan ejemplos de acciones focalizadas. Por detrás de esas elecciones se encuentran dos concepciones distintas: la universalización presupone que un determinado bien o servicio es un **derecho** de todos, y como tal, debe ser garantizado por el Estado a toda la población. La focalización presume que el referido bien o servicio concierne a una **capacidad** de todos, por lo que es necesario suministrarlo solo a los que no pueden obtenerlo por sus propios medios.

Creemos que la elección de uno de esos abordajes se ve condicionada por la construcción histórica de las opciones, de los paradigmas políticos y de la presencia de actores (BÉLAND; HACKER, 2004). Aunque se trate de un campo reciente, las diferentes concepciones de inclusión digital, explícitamente o no, dialogan con un territorio de significados, ya sea de derechos civiles, de derechos sociales o de derechos políticos, dependiendo del abordaje.³ Se trata de un territorio de “ideas” (FARIAS, 2003; KINGDON, 2011) que desempeña un importante papel en el trayecto seguido por el campo de la inclusión digital como política pública.

4 Por qué observar “ideas” y argumentos en el análisis de las políticas públicas

Se entiende por “ideas” “a la afirmación de valores, [...], relaciones causales, [...] soluciones para problemas públicos, símbolos e imágenes que expresan identidades públicas y privadas, así como concepciones de mundo e ideologías” (FARIAS, 2003, p. 23). Esta es la concepción en las que se basan las vertientes analíticas de las políticas públicas que destacan el rol de las ideas y del conocimiento. Para Kingdon (2011), las ideas pueden ser más importantes en la elección de una alternativa de agenda política que los grupos de presión. Afirma: “El contenido de las ideas en sí mismas, lejos de ser meras excusas o racionalizaciones, son partes integrales de la toma de decisión, dentro y alrededor del gobierno” (KINGDON, 2011, p. 125, la traducción es nuestra). Esto significa que, en un proceso de decisión, además de estrategias, influencia y

presión, el análisis de las ideas en juego en la arena es de vital importancia en la comprensión tanto de la selección de alternativas para componer la agenda política como en la propia formulación de las políticas.

Al intentar comprender el complejo universo de la formulación de políticas que involucran la inclusión digital, con el fin de comprender paradigmas o temáticas sobre los que se desarrollan las confrontaciones y las convergencias de ideas en la arena de decisión sobre este tema, el **campo de ideas de los derechos humanos cobra especial relevancia**.

En primer lugar, como ya vimos, hablar de inclusión/exclusión digital o *digital divide* remite a significados vinculados a los derechos: en Brasil, inclusión/exclusión es vocabulario presente en las luchas por los derechos sociales; en los Estados Unidos, *divide* rememora a la lucha por los derechos civiles. En el mismo sentido, vimos que el campo de los derechos también es mencionado explícitamente por algunos abordajes de inclusión digital, como aquel que la concibe como garantía de los derechos de ciudadanía. Se suma a esas evidencias el contraste entre universalización y focalización en las políticas de inclusión digital, las que, como vimos, dejan claro el dilema sobre si el acceso y uso de las TIC es un derecho de todos que el Estado debe promover o si, en vez de ello, constituyen una responsabilidad individual, por lo que se hace necesaria una acción positiva estatal solo para dar soporte a los que no las utilizan o no poseen acceso a ellas.

Finalmente, existe otra evidencia de que el campo de los derechos humanos influye de sobremana en la discusión sobre inclusión digital: por un lado, la existencia de movimientos que luchan por la libertad de expresión en el campo de los derechos civiles y, por otro, por la democratización de los medios de comunicación, como derechos sociales y políticos. Tales movimientos incluyen a las nuevas TIC en el debate sobre el acceso a los medios de comunicación, difundiendo visiones de inclusión digital en el territorio en disputa.

Sin embargo, el reconocimiento de un campo como derecho no significa la ausencia de obstáculos para su puesta en práctica, ya que los derechos humanos se encuentran en el plano de lo ideal y, de alguna manera, reflejan lo que una sociedad debe ser y no lo que ella es. En ese sentido, debido a su peculiaridad, el campo de los derechos es un territorio fecundo para enfrentamientos en el plano político, y las temáticas de inclusión digital, como veremos a continuación, ejemplifican muy bien esa cuestión.

5 Derechos Humanos: espacio de disputas por sentidos

5.1 *El abordaje de la protección a las libertades individuales: las TIC como medios*

De acuerdo con el artículo 19° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Toda persona tiene el derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye la libertad de, sin interferencias, tener opiniones y de buscar, recibir y transmitir información e ideas por cualquier medio e independientemente de fronteras” (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Complementariamente, el artículo 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), vigente desde 1978 afirma que:

Toda persona tiene el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda naturaleza, sin consideración de fronteras, verbalmente o por escrito, o en forma impresa o artística, o por cualquier otro proceso de su elección. [...] No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel de prensa, de frecuencias radioeléctricas o de equipos y aparatos usados en la difusión de información, ni por cualquier otro medio destinado a interponerse entre la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

(ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, el subrayado es nuestro).

En un documento más reciente, publicado en 2009 por la OEA, por medio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), titulado *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*, es posible ver una muestra de la manera en que se ha profundizado el debate en torno al derecho a la libertad de expresión. En primer lugar, ese derecho se asocia a la “función de proteger el derecho individual de cada persona a pensar por sí misma y compartir con otro información y pensamientos propios y ajenos” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009). A continuación se atribuye la importancia de la libertad de expresión a su “relación estructural con la democracia” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009). Finalmente se le asigna a la libertad de expresión “una importante función instrumental, pues se trata de una herramienta clave para el ejercicio de los demás derechos fundamentales” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009), como el derecho a la participación, a la educación y a la libertad religiosa, entre otras. De esta manera, “debido al importante rol instrumental que este derecho cumple, se encuentra en el centro del sistema de protección de los derechos humanos del hemisferio” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009).

En los referidos documentos fundacionales de la defensa de la libertad de expresión en el plano internacional vemos la construcción de esta libertad como un **derecho civil**, de protección al individuo. En este contexto, las TIC, entendidas como **medios para el ejercicio de este derecho**, cobran relevancia, y el acceso a ellas se vuelve condición necesaria debido a la potencial y creciente popularidad que han alcanzado como un medio de difusión de ideas.

5.2 El abordaje de la defensa de derechos políticos y sociales: las TIC como espacios de poder

De acuerdo con Spenillo (2008), el derecho a la comunicación surge como una cuestión colectiva más intensamente en Brasil e internacionalmente a comienzos del siglo XXI, cuando la comunicación asume un papel relevante y se multiplican demandas por su cuestionamiento y reconocimiento como derecho. En este

escenario, se busca defender a las TIC no solo como medios a los que se debe acceder, sino como espacios de concientización y poder. El **foco en el acceso** a las nuevas tecnologías se torna insuficiente.

Las libertades de información y de expresión sujetas a cuestionamiento en la actualidad no se refieren solo al acceso de la persona a la información como receptora, ni al derecho de expresarse por ‘cualquier medio’ – lo que suena vago y no garantiza el acceso del ciudadano, con poder de control, a los grandes medios de comunicación, por ejemplo – sino que también incluyen asegurar el derecho de acceso del ciudadano y de sus organizaciones colectivas a los medios de comunicación sociales en la condición de emisores, productores y difusores de contenidos.

(PERUZZO, 2005, p. 278-279).

La televisión e Internet son, además de prácticas de comunicación, medios de comunicación de amplio alcance mantenidos por empresas privadas o públicas que actúan políticamente como actores establecidos que promueven, sustentan y detentan poderes en el sistema vigente. Por lo tanto, es contra ellos que se establece una lucha por el derecho de todos a la comunicación.

(SPENILLO, 2008, p. 15).

La concepción presente en estos fragmentos, que reformula la idea de libertad de expresión, se alinea con el concepto de *instrucción mediática*, el cual requiere de individuos críticos frente a fuentes escritas y audiovisuales tradicionales, como la televisión y la radio, y, más recientemente, posee la expectativa del surgimiento de usuarios más activos, menos consumidores de información y más participantes de su construcción en el entorno de Internet. Como señala Livingstone (2002, p. 2), “[...] la instrucción mediática no se reduce a una característica o habilidad del usuario, sino que se la comprende como una coproducción de un compromiso interactivo entre tecnología y usuario”.

Entre los autores que discuten las características intrínsecas de las nuevas tecnologías y los riesgos de usurpación, se explicitan las condiciones necesarias para el mantenimiento y expansión de las libertades en Internet y para la apropiación de las tecnologías que garanticen el derecho a la comunicación. Las “asimetrías”, que pueden provenir de la velocidad de las redes y de la neutralidad de la circulación de la información a través de ellas, pueden impactar fuertemente sobre el ambiente para que individuos autónomos tengan un rol relevante en el medio digital, ya sea para navegar libremente y crear contenidos de su interés o para modificar estándares, crear nuevas soluciones e innovar los recursos tecnológicos existentes independientemente de las grandes corporaciones (SILVEIRA, 2011).

Para complementar este cuadro, que desplaza el abordaje del papel de las TIC en la sociedad, la campaña de movilización de la sociedad civil *Communication Rights in the Information Society* (CRIS),⁴ o Campaña por el derecho a la comunicación en la sociedad de la información, tiene un papel importante y original porque expande la discusión, en el plano internacional, hacia el ámbito de los derechos humanos a partir de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, realizada por la ONU, en la década de 2000.

La campaña defiende cuatro pilares que fundamentan el mencionado derecho: la comunicación en la esfera pública, que contempla el debate sobre la participación política en la sociedad; el conocimiento de la comunicación, que involucra saber cómo el conocimiento generado por la sociedad se comunica o bloquea favoreciendo a ciertos grupos; los derechos civiles en la comunicación, en defensa de las libertades individuales por medio de la comunicación y, finalmente, los llamados derechos culturales en la comunicación, que incluyen la comunicación entre culturas e identidades diversas, en los niveles individual y social.

En este abordaje, la comunicación se comprende como un derecho que excede el campo de los derechos civiles, avanzando en términos de derechos políticos y sociales, al considerar la participación política y los derechos culturales. Las TIC no son solo los medios para alcanzarlos, sino que se convierten en el propio objeto de disputa por apropiación.

5.3 TIC como medio versus TIC como espacios de poder

A partir del enfrentamiento entre los dos abordajes presentados, es posible constatar que la defensa del derecho a la comunicación, fundada en la libertad de expresión y en las TIC como medio para el ejercicio de ese derecho, supone la igualdad de *status*, en los términos de Marshall (1967), en un contexto de desigualdad de poder (un bloguero independiente realizando denuncias contra un grupo mediático, por ejemplo, ya expresaría el uso pleno de esa libertad). Por otro lado, la expansión del debate para cuestionar las formas de apropiación de las TIC y su capacidad de manejo por parte de los sujetos, de acuerdo con lo que algunos autores defienden, problematiza la estructura social establecida, dialogando con los derechos sociales y yendo más allá de ellos, si consideramos que los derechos sociales en la historia no tienen como objetivo modificar la estructura social.⁵

En ese sentido, un sujeto que aprenda a manejar las nuevas tecnologías de manera crítica y autónoma puede, dependiendo de su instrucción, cuestionar estándares, formatos y crear nuevas soluciones alternativas al mercado. No existen límites lógicos para su desarrollo. Esta constatación evidencia el nivel de criticidad de los argumentos que defienden a las TIC como espacios de poder y que, al mismo tiempo, amplían el sentido de defensa de la libertad de expresión en los campos de disputa por los significados de inclusión digital. Por esa vía de argumentos, convertir tales ideas en políticas se vuelve un desafío aun mayor.⁶

En este marco, el debate escapa al campo exclusivo de los derechos civiles, cuyo ideal histórico es la abstención del Estado, e intenta incluir al campo de los derechos sociales, que se basan en la expectativa de un comportamiento activo del Estado (MATTEUCCI, 2004). Este hecho guarda relación directa con las disputas de construcción de agenda y concepciones de políticas públicas que podrán surgir de ese cuadro, además de los actores que se verán involucrados y de los objetivos que se deseará alcanzar con dichas acciones.

No solo se trata de permitir el acceso a las TIC, sino de proporcionarlo. De

ese modo, la defensa de las TIC como espacios de poder da lugar a la inclusión de la defensa del acceso autónomo a las TIC y la literacidad digital a todos los ciudadanos, para brindarles los instrumentos que les permitan la apropiación de las tecnologías y el ejercicio de su ciudadanía en los contextos de sus vidas. En su máxima expresión, este abordaje crea condiciones para la inclusión de la literacidad digital en el currículo escolar. Este sería el momento crucial en el que una de las concepciones de inclusión digital alcanzaría el *status* de derecho social. Sin embargo, son varios los desafíos para que ello suceda.

6 La literacidad digital como derecho social

6.1 Por qué literacidad digital

Vimos que existe una profusa bibliografía, así como amplias demandas por parte de movimientos y organizaciones sociales que buscan extender la comprensión del campo de la inclusión digital para abarcar, en lo que a infraestructura se refiere, a la garantía de estándares independientes en el universo de las TIC, y en el plano social, a individuos autónomos y capaces de apropiarse de estos recursos.

El presente texto se alinea con tal perspectiva, pero reconoce que la discusión aun se encuentra concentrada en comunidades de ciberactivistas y especialistas, mientras que la mayoría de la población ignora los conflictos en torno a las TIC, lo que impide el aumento de las presiones para lograr políticas públicas efectivas y marcos regulatorios que adhieran a estas cuestiones. Para difundir la cuestión, consideramos fundamental hacerlo mediante la educación, pues la concebimos como el camino más consistente y de mayor potencial transformador.

Literacidad digital no es un neologismo vacío de significado, sino un concepto con un historial en el área de la educación que se dispone a discutir, en términos educativos, el complejo universo de las nuevas tecnologías, con el fin de contribuir a una sociedad capaz de hacer uso de las nuevas TIC y pensar críticamente sobre el impacto que ellas producen. De ese modo, intenta ayudar a la formación de una sociedad capaz de erigir las condiciones para alcanzar la “emancipación digital” de los individuos (SCHWARTZ, 2006) y una “inclusión digital autónoma” (SILVEIRA, 2008). Así, la literacidad digital se muestra como elemento sintetizador que señala de antemano el medio de su difusión: la escuela.

La formación de los ciudadanos para que usufructúen de las herramientas y se desarrollen en sus respectivos roles debe ser la clave para una inclusión digital efectiva y permanente, en una visión multidimensional de garantía de derechos (MORI, 2011) y centrada en los sujetos. Esta formación es necesaria no solo para el ejercicio de la libertad en la red, sino también para el desarrollo autónomo de los individuos, como ya se discutió. Es también crucial para el desarrollo social, económico y democrático de los países que, frente a los cambios tecnológicos, dependen cada vez más de ciudadanos que ejerzan adecuadamente su capacidad de comunicar, de convivir y de apropiarse de las TIC. No centrarse en ese espacio fértil de la política pública puede significar el aumento de la desigualdad entre individuos y sociedades en un contexto de transformación del concepto de ciudadanía.

6.2 Literacidad digital y ciudadanía

Sabemos que los procesos de surgimiento de nuevos derechos en las sociedades se encuentran siempre salpicados por conflictos. La defensa de concepciones que motivan a los usuarios de las TIC a ser no solo consumidores de información disponible, sino también productores de conocimiento, dotados de criticidad y autonomía, se enfrenta directamente con el territorio privado de los medios de comunicación establecidos y las grandes corporaciones de telecomunicaciones. Según nos señala Peruzzo, “se instituye la posibilidad del surgimiento de un número ilimitado de ‘periodistas’, lo que favorece la comunicación alternativa y la conquista del derecho a la comunicación” (PERUZZO, 2005, p. 281). El término “periodistas”, en este caso, se refiere a cualquier ciudadano dispuesto a retratar y discutir ideas y acontecimientos autónomamente. Esta predisposición es fundamental, ya que el interés de los individuos y de las comunidades en los medios digitales tiende a aumentar en la medida en que es posible encontrar, a través de ellos, información de relevancia para sus contextos (WARSCHAUER, 2006). De ese modo, el dilema que se presenta frente a la expansión del derecho de comunicación y de producción de conocimiento no puede ignorarse. Bobbio sintetiza así este evento:

No se puede afirmar un nuevo derecho en favor de una categoría de personas sin suprimir algún viejo derecho, del cual se beneficiaban otras categorías de personas: el reconocimiento del derecho a no ser esclavizado implica la eliminación del derecho a poseer esclavos; el reconocimiento del derecho a no ser torturado implica la supresión del derecho a torturar. [...] Sin embargo, en la mayoría de los casos, la elección es dudosa y exige alguna motivación. Eso depende del hecho de que tanto el derecho que se afirma como aquel que se niega tienen sus buenas razones [...] La dificultad de la elección se resuelve con la introducción de los límites a la extensión de uno de los derechos, para que sea en parte salvaguardado también el otro.

(BOBBIO, 2004a, p. 14).

El autor proporciona elementos para discutir las barreras que pueden surgir en el contexto en el que tanto el derecho al conocimiento autónomo frente a las nuevas tecnologías como el derecho a la propiedad de los medios de comunicación son considerados legítimos en la sociedad. En su límite, este debate coloca sobre el tapete las posibles transformaciones que atraviesa el sentido de la ciudadanía en las sociedades frente al surgimiento de nuevos derechos.

Según Marshall, ciudadanía puede ser entendida como “[...] un *status* concedido a aquellos que son miembros integrales de una comunidad. Todos aquellos que poseen el *status* son iguales en lo que respecta a los derechos y obligaciones pertinentes a ese *status*” (MARSHALL, 1967, p. 76). El autor continúa:

No existe ningún principio universal que determine lo que estos derechos y obligaciones serán, pero las sociedades en las cuales la ciudadanía es una institución en desarrollo crean una imagen de una ciudadanía ideal en relación a la cual el éxito puede medirse y en relación a la cual la aspiración puede dirigirse.

(MARSHALL, 1967, p. 76).

Como no hay principios fundamentales que definan cuáles *deben ser* esos derechos, la ciudadanía es una construcción social e histórica, lo cual implica que lo que hoy se considera como derecho puede dejar de serlo según los cambios sociales, económicos y políticos, entre otros motivos, porque la ciudadanía representa los ideales de las sociedades o lo que ellas desean ser. “Lo que parece fundamental en una época histórica y en una determinada civilización no es fundamental en otras épocas y en otras culturas” (BOBBIO, 2004a, p. 13).

En este contexto, comprender el proceso de emergencia de los derechos sociales, y la construcción de la educación como un nuevo campo de acción del Estado en un país de capitalismo avanzado, es esclarecedora.

Hasta los comienzos del siglo XX, en Inglaterra, donde las acciones sociales en general eran interpretadas como atentados a la libertad y a los derechos civiles e intensamente rechazadas, la educación diseñaba un trayecto diferente como política social porque era entendida, incluso por liberales que defendían un Estado mínimo, como necesaria para corresponder al desarrollo de la sociedad en aquella época. En vez de la visión predominante del “autoperfeccionamiento” como responsabilidad solamente individual, comienza a considerarse como un deber social, puesto que empezó a imponerse la comprensión de que el buen funcionamiento de una sociedad dependía de la educación de sus miembros (MARSHALL, 1967). La construcción del discurso que invierte la lógica hasta entonces predominante puede visualizarse en el siguiente fragmento:

El derecho a la educación es un derecho social de ciudadanía genuino porque el objetivo de la educación durante la infancia es moldear al adulto en perspectiva. Básicamente, debería considerarse no como el derecho del niño a asistir a la escuela, sino como el derecho del ciudadano adulto a haber sido educado.

(MARSHALL, 1967, p. 73).

Es interesante observar que, de la manera en que se plantea, la educación no se opuso, al contrario de otras políticas sociales anteriores, a los derechos civiles, lo cuales se destinaban, en aquella época, solo a los ciudadanos que sabían leer y escribir. En esa misma línea, la educación, el primer derecho social que se estableció en Inglaterra, pasó de victimaria a promotora de la libertad civil. Además, la transformación de la educación en un derecho ocurre a partir de una perspectiva del desarrollo: es porque el Estado necesita adultos educados que educa a los niños, y a todos ellos; la educación comienza a ser condición del propio goce de las libertades individuales. De ese modo fue que pasó de ser un área de responsabilidad individual a un deber social.

Es posible decir que la literacidad digital representa, en el siglo XXI, lo que el paradigma de la educación representó en los inicios del siglo XX, pues concatena habilidades necesarias para dar cuenta de la revolución tecnológica y enfrenta los dilemas inherentes a este paradigma. Warschauer (2006) entiende que mientras la instrucción escolar (educación) fue un prerrequisito para la participación de los individuos en las primeras etapas del capitalismo, el acceso a las TIC es la condición para participar de la etapa informática en la que nos encontramos actualmente.

Etapa esta que, debemos añadir, impone nuevos medios y estándares al ejercicio de la libertad de expresión, marco de los derechos civiles.

A pesar de la afinidad entre estos paradigmas, no podemos ignorar que la mediación del mercado, en el caso de la literacidad digital, es imperativa y se convierte en un gran desafío a superar. Es posible verificar que tanto el *hardware* como el *software* propietarios⁷ son mercaderías que offician de intermediarias en la relación del sujeto con el universo del conocimiento digital, e imponen obstáculos a la autonomía del sujeto. Silveira (2012) brinda un ejemplo que esclarece bastante esta problemática al afirmar que la memoria humana está siendo “aprisionada”, en la medida en que los usuarios de las TIC guardan su información en medios digitales con formatos (lenguajes) de *software* propietarios. Con ello, señala el autor, los usuarios solo podrán continuar teniendo acceso a dicha información mientras los formatos en los que la guardaron existan. Al considerar que los formatos de *software* propietarios son cerrados y se encuentran bajo el control de las empresas que los producen, se concluye que las memorias digitales de los usuarios también están bajo el control de estas, y es posible que su acceso sea prohibido por mera discrecionalidad de las corporaciones.

Este apenas es un ejemplo que, sumado a las cuestiones anteriormente discutidas para establecer a la comunicación como un derecho social, nos permite observar el impacto que puede existir en la formulación de políticas públicas. Puesto que la literacidad digital se compone de gradaciones, como Warschauer (2006) explica en el contexto de acceso a las TIC, y no se trata de una relación de oposición entre instruido y no instruido, podemos imaginar que, frente a actores heterogéneos de la sociedad, debe ser más simple alcanzar consensos sobre ciertos niveles de instrucción en detrimento de otros. Esto significa que un nivel de instrucción que expresa la capacidad de los individuos a actuar en el mercado de trabajo como usuarios de *software* de oficina, por ejemplo, puede recibir más fácilmente *status* de derecho, y, por consiguiente, tener más facilidad para ingresar a la agenda de formulación de políticas públicas que aquellos niveles que vuelven al individuo capaz de poner en cuestión los formatos cerrados de los *software* propietarios, ya que estos niveles traen consigo el cuestionamiento del propio orden social establecido en el universo de las nuevas tecnologías.

Discusiones como estas nos permiten reconocer la necesidad de definir a la literacidad digital en términos operativos y la importancia de identificar los niveles de instrucción en la sociedad para contribuir al ingreso del tema en la pauta de ciudadanía actual y en la agenda de políticas públicas. Obviamente, esto no sucederá sin conflictos, pero tenderá a ganar mayor solvencia en la medida en que su discusión se amplíe hacia gran parte de la sociedad.

6.3 Una definición que convierte el concepto de literacidad digital en operativo

Con el objeto de contribuir a elevar la literacidad digital desde un concepto particular del campo de la educación, que discute algo todavía restringido a ciertos círculos de debate alrededor de la inclusión digital, hacia un tema más amplio de discusión, proponemos una definición operativa para el concepto. Como lo desarrollan Rosa y Dias (2012), en base a una investigación de datos primarios

y bibliografía, definimos literacidad digital como “la condición que permite al sujeto usufructuar de las tecnologías de la información y de la comunicación para responder a las necesidades de su medio social y desarrollarse autónomamente en la sociedad de la información” (ROSA; DIAS, 2012, p. 51). A partir de la necesidad de avanzar en el campo práctico, ya sea a partir de la creación de un currículo o para la producción de un indicador que mida los avances, recomendamos que este concepto se vuelva operativo por medio de la conjunción de dos dimensiones complementarias de habilidades funcionales que un individuo debe poseer: habilidades técnicas y operativas en TIC y habilidades informáticas en TIC.

Llamamos **habilidades técnicas y operativas en TIC** a los conocimientos necesarios para el manejo de las técnicas de la información y la comunicación y de sus herramientas para lograr alguna acción en el entorno digital. Para dar un ejemplo, si la acción es comunicarse con otra persona virtualmente, mediante la computadora, el instruido técnico y operativo en TIC debe saber encender un equipo, acceder a un navegador de Internet, encontrar la barra apropiada para escribir una dirección, ya sea de una red social o de un proveedor de *email*, ingresar a su cuenta, escribir un mensaje en el lugar apropiado y enviarlo. La exitosa ejecución de estas actividades denota una instrucción técnica y operativa adecuada a los días actuales (ROSA; DIAS, 2012, p. 51).

Las **habilidades informáticas en TIC**, por otro lado, implican la capacidad de manejar e integrar información de diferentes niveles y formatos en el entorno digital para que se transforme en información útil para responder a finalidades intencionales del individuo, además de la capacidad de evaluar informaciones y situaciones a las que está sometido en el uso de las TIC y de comprender estándares de funcionamiento que le permitan desarrollarse autónomamente en este entorno. Con el mismo ejemplo de comunicación entre personas, un instruido informático en TIC debe saber hacer uso adecuado del lenguaje en relación con el medio, a fin de que se pueda expresar dentro de las normas esperadas en la actividad ejecutada, elaborando su mensaje con diferentes elementos de lenguaje, no solo textual, en caso de ser necesario, y con conciencia de veracidad y seguridad de la información y de la situación (ROSA; DIAS, 2012, p. 51).

Cabe destacar que un instruido digital no necesariamente alcanzará un nivel pleno en las dos dimensiones. Es posible encontrar perfiles que posean solo algunas habilidades operativas y mayor desenvoltura en las habilidades informáticas, y viceversa.

En todos los casos, las habilidades descritas solo cobran sentido en su contexto, en situaciones que reproduzcan problemas del día a día en diferentes espacios sociales. De este modo, se distancian de las habilidades entendidas como destrezas y se acercan a las habilidades destinadas a la solución de problemas.

6.4 Próximos pasos

Como expresión del reconocimiento de la literacidad digital como un derecho social, que debe ser garantizado mediante políticas públicas, entendemos que es preciso, en primer lugar, el establecimiento de las habilidades y prácticas sociales que son necesarias para que se considere a un sujeto con literacidad digital. Tales requisitos deben apuntar a ciudadanos usuarios de las TIC conscientes del papel y del poder que poseen en la sociedad: “Actualmente todo es *high tech, wi-fi*, Internet,

bluetooth, fascinante / Calor de proximidad digital, contacto virtual / [...] / Nos resta saber posicionarnos / Saber usar los medios sin dejar que ellos nos usen a nosotros” (EMICIDA, 2010). En Rosa y Dias (2012), elaboramos un prototipo de matriz de habilidades y competencias en TIC cuya meta era crear un indicador de literacidad digital en Brasil. En este trabajo se contemplaron, en las habilidades técnicas y operativas, los pilares *reconocimiento y uso* y, en las habilidades informáticas, los pilares *foto-visual, reproducción, ramificación, información e interacción social* con sus descriptores,⁸ habiendo espacio para ampliación frente a la necesidad permanente de estimular la apropiación integral de las TIC por los ciudadanos.

Concomitantemente a a la definición de las habilidades y prácticas, se debe tematizar y divulgar ese contenido en la escuela, con apropiación por parte de los profesores y educadores, sin diferenciación de disciplinas y con foco a partir de los primeros años de escolarización. Es necesario romper con la dicotomía existente entre literacidad escolar y literacidad digital, y avanzar hacia una perspectiva integradora, que incluya la interacción de habilidades y conocimiento.

Por último, se requiere el desarrollo de una metodología pedagógica para compartir ese conocimiento, y el desafío no es poco si se considera que el interés y el deseo de descubrimiento de las nuevas generaciones frente a las herramientas digitales no son compatibles con cualquier abordaje tradicional de transmisión de conocimiento.

Reconocemos el desafío de tornar operativa esta tarea considerando la compleja relación entre sociedad, tecnología y mercado. Como nos señala Buzato, las tecnologías no son instrumentos neutros “cuyos efectos sociales son condicionados totalmente por la manera en que se las usa, o por las intenciones de aquellos que las usan” (BUZATO, 2007, p. 39). No podemos caer en el discurso determinista de que existe una forma correcta de usar esas herramientas o un determinado conocimiento y que, debido a ese uso, se generarán naturalmente mejoras en la condiciones de vida. Esta sería una “noción ingenua de tecnología [...] que ignora el hecho de que todas las tecnologías cosifican visiones del mundo y significados existentes en los contextos en que se crean” (BUZATO, 2007, p. 40).

En ese sentido, la defensa de la inclusión digital bajo el concepto de literacidad digital exige una mirada crítica para que no nos veamos reducidos a una concepción normativa de instrucción, sin respeto por las realidades individuales y locales, y que implican una relación de poder desigual entre quien define criterios y currículos y quien tiene que responder a ellos. Lo que expone el autor es bastante esclarecedor:

[...] un abordaje de la relación sociedad-tecnología-cultura más adecuada a la problemática de la inclusión digital debe tomar como supuesto que la tecnología, así como el lenguaje, influye en los contextos en los cuales surge (o es introducida), así como posee su sentido, su forma y su función transformados en el tiempo y en el espacio por el modo en que se las utiliza en contextos heterogéneos.

(BUZATO, 2007, p. 41).

Definir lo que los ciudadanos necesitan saber en este contexto es un asunto bastante espinoso. A pesar de ello, debe darse el puntapié inicial, o estaremos actuando con negligencia frente al potencial de las nuevas TIC para reducir desigualdades y

catalizar el desarrollo, y al importante rol distributivo del Estado. La calificación del uso y la mirada para los sujetos son esenciales, pero ello aun está lejos de significar consensos.

7 Consideraciones finales

En vista de la discusión aquí propuesta, se comprende que en la actual etapa de desarrollo de las TIC no es suficiente discutir inclusión digital sin presionar por la ampliación del significado actual de ciudadanía. Al tener en cuenta los desafíos que se plantean para el desarrollo social en lo que se refiere a la relación sociedad-tecnología-mercado, la literacidad digital se destaca como la faz esencial entre los múltiples abordajes de inclusión digital existentes, con características que tienden a contribuir más fuertemente a la superación de estos desafíos y al alcance de la emancipación de los individuos, sobre todo cuando se los compara con otros abordajes de acceso a las TIC y de alfabetización digital.

Sin embargo, la elevación de la literacidad digital al *status* de derecho en una arena política, con actores heterogéneos y con intereses diversos, ciertamente exigirá negociaciones en términos de los niveles de conocimiento que se deseará alcanzar entre los individuos. Existen evidencias de que, en el campo de la lucha por los derechos, el conocimiento emancipatorio defendido por los ciberactivistas no es el mismo que el deseado por corporaciones que operan para conquistar nuevos consumidores. Las consecuencias de ese conflicto son imprevisibles.

Es necesario ampliar esta discusión más allá del campo de los especialistas, para alcanzar una profunda conciencia sobre el potencial de las nuevas tecnologías e impedir que los ciudadanos se posicionen pasivamente, tal como históricamente sucedió frente al desarrollo de los medios de comunicación tradicionales.

La literacidad digital, debido a la gran importancia que posee actualmente, es condición necesaria para el fortalecimiento de la educación y del desarrollo en la sociedad actual. Es un gran error continuar ignorándola en el ámbito de las políticas públicas.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- ARTIGO 19. 2012. **Liberdade digital no Brasil: análise de contexto: relatório do país.** Ago. Disponible en: <<http://www.article19.org/data/files/medialibrary/3435/12-09-13-REPORT-brazil-PO.pdf>>. Visitado el: 30 Abr. 2013.
- BARZILAI-NAHON, Karine. 2006. Gaps and bits: conceptualizing measurements for digital divide/s. **The Information Society**, n. 22, p. 269-278.
- BÉLAND, Daniel; HACKER, Jacob S. 2004. Ideas, private institutions and American

- welfare state 'exceptionalism': the case of health and old-age insurance, 1915-1965. *International Journal of Social Welfare*, n. 13, p. 42-54.
- BOBBIO, Norberto. 2004a. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Elsevier.
- _____. 2004b. Direito. [verbete]. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmem Varriale et al. 12. ed. Brasília: Editora UnB. v. 1, p. 349-353.
- BUZATO, Marcelo El Khouri. 2007. *Entre a fronteira e a periferia: linguagem e letramento na inclusão digital*. 2007. 284 f. Tese (Doutorado em Linguística Aplicada) – Instituto de Estudos da Linguagem, Universidade Estadual de Campinas, Campinas.
- _____. 2009. Letramento e inclusão: do estado-nação à era das TIC. *DELTA*, [online], v. 25, n. 1, p. 1-38. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-44502009000100001&script=sci_arttext>. Visitado em: 30 Abr. 2013.
- CAPELLA, Ana Cláudia N. 2006. Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Informações Bibliográficas em Ciências Sociais*, n. 61, p. 25-52, 1º semestre.
- CARVALHO, José Murilo de. 2012. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- CASTELLS, Manuel. 2005. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra. (A Era da Informação. Economia, Sociedade e Cultura, v. 1).
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). 1988. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de San Salvador" [online]. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Visitado em: 30 Abr. 2013.
- _____. 2009. *Una Agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*. [online]. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_AHDLE.html>. Visitado em: 17 Ago. 2012.
- COMMUNICATION RIGHTS IN THE INFORMATION SOCIETY (CRIS). [2012]. *Communication: an essential human need*. [online]. Disponível em: <<http://www.crisinfo.org/>>. Visitado em: 30 Abr. 2013.
- DIMAGGIO, Paul; HARGITTAI, Eszter. 2001. *From the 'Digital Divide' to 'Digital Inequality': studying internet use as penetration increases*. New Jersey: Center for Arts and Cultural Policy Studies, Princeton University. (Working Paper Series, 15).
- EMICIDA. 2010. *I love quebrada*. Mixtape Emicídio. São Paulo: Laboratório Fantasma.
- ESHET-ALKALAI, Yoram. 2008. Real-time thinking in the digital era. In: KHOSROW-POW, Mehdi (Ed.). *Encyclopedia of Information Science and Technology*. 2. ed. London: Idea Group. p. 3.219-3.223.
- FARIAS, Carlos Aurélio Pimenta de. 2003. Ideias, conhecimento e políticas públicas: um

- inventário sucinto das principais vertentes analíticas recentes. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 18, n. 51, p. 21-29, fev. Disponible en: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v18n51/15984.pdf>>. Visitado el: 23 Mayo 2013.
- KINGDON, John W. 2011. **Agendas, alternatives, and public policies**. 2nd ed. London: Pearson Education.
- KOWARICK, Lúcio. 2003. Sobre a vulnerabilidade socioeconômico e civil: Estados Unidos, França e Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n. 18, p. 61-85, fev. Disponible en: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v18n51/15986.pdf>>. Visitado el: 23 Mar. 2013.
- LIVINGSTONE, Sonia. 2003. **The changing nature and uses of media literacy**. London: Media@lse; London School of Economics and Political Science. (Media@lse Electronic Working Papers, No. 4). Disponible en: <http://eprints.lse.ac.uk/13476/1/The_changing_nature_and_uses_of_media_literacy.pdf>. Visitado el: 23 Mar. 2013.
- MARSHALL, Thomas H. 1967. **Cidadania, classe social e status**. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar.
- MATTEUCCI, Nicola. 2004. Direitos humanos. [verbete]. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem Varriale et al. 12. ed. Brasília: Editora UnB. v. 1, p. 353-361.
- MOLNÁR, Szilárd; KARVALICS, László Z. 2002. Two models and six types of the telecentres: a typological experiment. In: BIENNIAL DISSANET CONFERENCE, 2ND, 2002, Pretoria. **Proceedings...** Edited by T. Bothma, A. Kaniki. Pretoria, South Africa: Infuse. p. 327-332.
- MORI, Cristina Kiomi. 2011. **Políticas públicas para inclusão digital no Brasil: aspectos institucionais e efetividade em iniciativas federais de disseminação de telecentros no período 2000-2010**. 351 f. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, Brasília.
- NAÇÕES UNIDAS. 1948. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponible en: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Visitado el: 30 Abr. 2013.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). 1969. **Convenção americana de direitos humanos: Pacto de São José da Costa Rica**. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Visitado el 30 Abr. 2013.
- PERUZZO, Cicília M. Khroling. 2005. Internet e democracia comunicacional: entre os entraves, utopias e o direito à comunicação. In: MELO, José Marques de; SATHLER, Lucio (Eds.). **Direitos à comunicação na sociedade da informação**. São Bernardo do Campo, SP: Universidade Metodista de São Paulo. p. 267-288.
- ROSA, Fernanda Ribeiro; DIAS, Maria Carolina Nogueira. 2012. **Por um indicador de letramento digital: uma abordagem sobre competências e habilidades em TICs**. 106 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Gestão e Políticas Públicas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.
- SCHWARTZ, Gilson. 2006. Educar para a emancipação digital. In: **Reescrivendo a**

- educação:** propostas para um Brasil melhor. São Paulo: Ática; Scipione; Fundação Victor Civita, p. 125-133. Disponível em: <<http://oei.es/pdfs/reescrivendo.pdf>>. Visitado el: 23 Mar. 2013.
- SCHOFIELD, Hugh. 2012. Minitel: the rise and fall of the France-wide web. BBC News [online], 27 Jun. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/news/magazine-18610692>> Visitado el: 23 Mar. 2013.
- SILVA, Helena et al. 2005. A inclusão digital e educação para a competência informacional: uma questão de ética e cidadania. Por Helena Silva, Othon Jambeiro, Jussara Lima e Marco Antônio Brandão **Ciência da Informação**, Brasília, v. 34, n. 1, p. 28-36, jan./abr. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v34n1/a04v34n1.pdf>>. Visitado el: 23 Mar. 2013.
- SILVA, Maria Osanira da Silva e; YAZBEK, Maria Carmelita; DI GIOVANNI, Geraldo. 2004. **A política social brasileira no século XXI:** a prevalência dos programas de transferência de renda. São Paulo: Cortez.
- SILVEIRA, Sérgio Amadeu. 2008. A noção de exclusão digital diante das exigências de uma cibercidadania. In: HETKOWSKI, Tânia M. (Org.). **Políticas públicas e inclusão digital**. Salvador: EDUFBA. p. 20-41.
- _____. 2011. Para além da inclusão digital: poder comunicacional e novas assimetrias. In: BONILLA, Maria Helena Silveira; PRETTO, Nelson De Luca (Orgs.). **Inclusão digital: polêmica contemporânea**. Salvador: EDUFBA. p. 49-59.
- _____. 2012. Formatos abertos. In: SANTANA, Bianca; ROSSINI, Carolina; Nelson De Luca (Orgs.). **Recursos educacionais abertos: práticas colaborativas e políticas públicas**. Salvador: EDUFBA; São Paulo: Casa da Cultura Digital. p. 109-120.
- SOARES, Magda. 2004. Letramento e alfabetização: as muitas facetas. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, n. 25, p. 5-17, jan./abr. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbedu/n25/n25a01.pdf>>. Visitado el: 23 Mar. 2013.
- SPENILLO, Giuseppa Maria Daniel. 2008. Direito à comunicação: uma formulação contemporânea de exigências de mudanças nas estruturas coletivas de comunicação e informação. Contribuições para uma análise sociogenesiológica e configuracional da articulação CRIS Brasil. 2008. 271f. Tese (Doutorado em Ciências em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade) – Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Seropédica, RJ, 2008. Disponível em: <http://www.direitoacomunicacao.org.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=438&Itemid=99999999>. Visitado el: 23 Mar. 2013.
- TAKAHASHI, Tadao (Org.). 2000. **Sociedade da Informação no Brasil:** livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia.
- WARSCHAUER, Mark. 2006. **Tecnologia e inclusão social:** a exclusão digital em debate. Tradução de Carlos Szlak. São Paulo: Senac.

NOTAS

1. Para detalles, ingrese a Datos del mundo en <<http://www.ibge.gov.br/paisesat/>>. Visitado el: 30 Abr. 2013.
2. Para más detalles, visite <<http://ctcnet.org/>> y <<http://www.inclusaodigital.gov.br/telecentros>>. Visitado el: 30 Abr. 2013.
3. Nos referimos aquí a las definiciones clásicas de Marshall (1967). El autor considera a la ciudadanía como una composición de tres partes: derechos civiles, políticos y sociales. El derecho civil congrega los derechos necesarios a la libertad individual, como la libertad de circulación, la libertad de prensa, pensamiento y culto, el derecho a la propiedad y el derecho a la justicia. El derecho político se compone del derecho a participar en el ejercicio del poder político, ya sea como miembro de un organismo político o como un elector. Finalmente, el derecho social concatena desde el derecho a un mínimo de bienestar económico y seguridad hasta el derecho a participar plenamente en el medio social y llevar la vida de un ser civilizado de acuerdo con los estándares que prevalecen en la sociedad (MARSHALL, 1967, p. 63-64).
4. Para obtener más información, visite: <<http://www.crisinfo.org/>>. Visitado el: 17 Mar. 2013.
5. Para Marshall, en la medida en que la conciencia social de clase crece, los rasgos más desagradables de la desigualdad se transforman en una incomodidad para la sociedad. Con los derechos sociales, se busca brindar más condiciones a los que se encuentran en la parte inferior de la pirámide, pero sin modificar su estructura. De este modo, los derechos sociales significan el derecho a la igualdad de oportunidad, "el derecho igual a ser reconocido como desigual" (MARSHALL, 1967, p. 101).
6. Este hecho no le resta importancia a la lucha por la libertad de expresión como derecho civil, que continúa siendo compleja. La organización Artículo 19 (2012) (www.artigo19.org) relata casos de reclusión y atentado a la vida, entre otras situaciones de violencia que los ciudadanos han sufrido por intentar expresarse libremente en la red.
7. Los *software* propietarios son programas elaborados por empresas que mantienen, bajo su propiedad, el código fuente de los mismos y cobran por su uso, normalmente a través de la compra de un paquete y de licencias. Los *software* libres, por el contrario, poseen un código fuente abierto y construcción colaborativa, e involucran normalmente a comunidades de desarrolladores.
8. Los pilares de las habilidades informáticas se beneficiaron ampliamente del modelo compuesto de la literacidad digital propuesto por Eshet-Alkalai (2008).

ABSTRACT

The main objective of this study is to examine digital inclusion as a field of State activity and public policies. We first examine some of the meanings attributed to digital inclusion and the public policy dilemmas that arise from them. We do this by referring to the discussions present in human rights literature, understanding the right to communication as one aspect of the issue. We subsequently defend the importance of approaching digital inclusion as a social right through the establishment of a dialogue with the field of education. We then present the concept of digital literacy, which looks far beyond access to ICTs, requiring that the social skills and practices necessary for society's current technological juncture be defined in order for them to become the focus of new public policies. Finally, we defend that the digital literacy approach stands out as the most essential among multiple approaches to digital inclusion, as its features tend to make a stronger contribution both towards overcoming obstacles to social development and towards attaining the emancipation of individuals.

KEYWORDS

Digital inclusion – ICT – Human rights – Public policies – Digital literacy

RESUMO

Este estudo tem como principal objetivo abordar a área de inclusão digital como um campo de ação do Estado e de políticas públicas, imersa numa pluralidade de concepções e num espaço de disputa por seus significados. Para isso, examinamos alguns sentidos dados à inclusão digital e os dilemas que deles advêm para a formulação de políticas públicas, tendo como referência as discussões presentes na literatura de direitos humanos e a compreensão do direito à comunicação como uma das faces dessa temática. Defende-se a importância de abordar a inclusão digital como um direito social, a partir do diálogo com a Educação e do conceito de letramento digital, o qual implica um olhar muito além do acesso às TIC e pressupõe a definição das habilidades e práticas sociais necessárias no atual estágio informacional da sociedade, para que sejam foco de novas políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE

Inclusão digital – TIC – Direitos humanos – Políticas públicas – Letramento digital



LAURA PAUTASSI

Laura Pautassi es investigadora Independiente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Experta independiente del Grupo de Trabajo para analizar los informes periódicos de los Estados Partes del Protocolo de San Salvador (OEA). Directora del proyecto Interdisciplinario

UBACYT "Derechos sociales, provisión de bienestar, y marginaciones sociales en Argentina", Grupo de Trabajo Interdisciplinario Derechos Sociales y Políticas Públicas (<http://www.dspp.com.ar/>).

Email: laura.pautassi@gmail.com

RESUMEN

El artículo analiza de qué manera la producción y acceso a la información se enmarca dentro del proceso de elaboración y utilización de indicadores en materia de derechos humanos, particularmente en su integración dentro del reciente mecanismo conformado en el sistema interamericano de derechos humanos, correspondiente a las obligaciones de informar que tienen los Estados Partes en virtud del artículo 19 del Protocolo de San Salvador. En concordancia, el artículo analiza los indicadores que adopta, las categorías y principios transversales que complementan el sistema de indicadores, y cómo opera en dicho contexto el estándar de producción y acceso a la información. Por último, tomando en cuenta los principios de interdependencia, universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos se identifican aspectos necesarios para fortalecer y lograr una institucionalidad robusta en materia de derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

Original en español.

Recibido en marzo de 2013. Aceptado en mayo de 2013.

PALABRAS CLAVE

Acceso a la información – Indicadores – Derechos económicos sociales y culturales



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

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

MONITOREO DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN DESDE LOS INDICADORES DE DERECHOS HUMANOS

Laura Pautassi

1 Introducción

La primera década del nuevo siglo ha sido profusa en los avances en torno a instrumentos que permitan constatar el grado de cumplimiento de los Estados en materia de derechos humanos. Si bien existe consenso en considerar que la “plena realización de un derecho humano” existe en la medida que se encuentren disponibles los mecanismos efectivos, sean administrativos, judiciales, cuasi-judiciales para que cada persona pueda exigir el respeto, protección y efectividad de un derecho, se trate de un derecho civil, político (DCP) o un derecho económico, social y cultural (DESC), el punto en debate se encuentra en cómo contabilizar el cumplimiento o el eventual retroceso. Concordantemente, la plena realización de los derechos se vincula entonces con el cumplimiento de obligaciones negativas y positivas por parte de los Estados, en donde la determinación de las segundas abre un punto en tensión, especialmente para acordar bajo qué parámetro se va a determinar el alcance del cumplimiento de las obligaciones de hacer para lograr el estadio de plena realización. Y es allí donde la definición de estándares de interpretación del alcance de cada derecho, a partir de los cuales se podrán determinar los niveles de cumplimiento de dichas obligaciones, habilitan a su vez, la elaboración de indicadores de medición de la actuación estatal.

Los estándares, al ser declaraciones fundamentales sobre el resultado deseado –a partir del proceso de interpretación que se hace de un tratado de derechos humanos o de la constitución de un país- no están diseñados para ser verificados directamente (ABRAMOVICH, 2007). La definición de cada estándar incluye las condiciones necesarias para aplicar las obligaciones contenidas en el derecho, para lo cual la utilización de indicadores es una herramienta indispensable ya que refleja empíricamente el estado de cumplimiento de dichas obligaciones. En otros términos,

Ver las notas del texto a partir de la página 75.

los indicadores de derechos humanos constituyen un instrumento de medición –de tipo cuantitativo y también cualitativo– que refleja los esfuerzos realizados por el Estado para satisfacer derechos humanos.

El aporte conceptual y metodológico que implica definir indicadores en materia de derechos humanos parte por identificar dimensiones de los distintos derechos humanos que se traducen a su vez en categorías y variables aptas para ser observadas. Sin embargo, al tratarse de derechos humanos se presentan ciertas complejidades, las que son más visibles en materia de DESC debido a que incluyen obligaciones de acción con metas y resultados a alcanzar. Esta particularidad los diferencia de los indicadores sociales, ya que estos identifican –y cuantifican– un fenómeno en sí mismo y sobre ello establecen escalas, comportamientos, índices y variables del fenómeno, con algunas interrelaciones entre las áreas que consideran (educación, salud, trabajo, bienestar), mientras que los indicadores de derechos humanos conceptualmente parten del principio de interdependencia, indivisibilidad y universalidad de los derechos humanos¹ por lo que no solo cuantifican, sino también cualifican la conducta de los Estados y establecen interrelaciones en los avances en la satisfacción de los DESC en relación con los derechos civiles y políticos. La característica de los tres tipos de derechos es la integralidad, lo cual abarca la responsabilidad estatal en las tres áreas del Estado: ejecutiva, legislativa y judicial. Esta diferencia entre indicadores socioeconómicos e indicadores de derechos humanos se aplica a su vez, a los instrumentos de medición: los primeros miden el grado de desarrollo alcanzado, en cambio los segundos miden si se ha alcanzado efectivamente el progreso.

A la luz de las obligaciones que han contraído los Estados en materia de DESC, no solo en relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y su Protocolo Facultativo, sino también en relación con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (PSS), y en otros instrumentos de derechos humanos, se vuelve una necesidad disponer de formas de valorar la conducta estatal. En rigor, la definición y utilización de indicadores no es sólo una herramienta útil sino que se constituye en una obligación insoslayable, precisamente si se busca lograr una adecuada supervisión y monitoreo del cumplimiento de las obligaciones establecidas en los instrumentos ratificados por los Estados.

Lo señalado a modo de introducción se vincula además con una condición fundamental para la utilización de indicadores como metodología para la supervisión del cumplimiento de derechos humanos, que es precisamente la producción de información. Y esta disponibilidad de información, que incluye el estándar de producción y difusión de la información pública, requiere a su vez, de esfuerzos de los Estados por generar las fuentes que van a permitir construir los indicadores, ya que forman parte de una obligación de informar que tiene el Estado, tanto a requerimiento de sus ciudadanos y ciudadanas, como ante los órganos internacionales competentes para evaluar informes periódicos. Es decir, se constituye en una obligación positiva del Estado, la que va a ser analizada a su vez como una categoría transversal de cumplimiento de derechos. Sin embargo, si

bien se reconocen avances importantísimos para desarrollar sistemas estadísticos, como también el desarrollo de otras fuentes de información públicas, aún el déficit es significativo en la mayoría de los países de América Latina.

Tal como se presenta a lo largo del artículo, la producción y acceso a la información se enmarca de manera más general en el proceso de elaboración y utilización de indicadores en materia de derechos humanos. Además ésta obligación ha sido incluida en un reciente mecanismo conformado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), correspondiente a las obligaciones de los Estados de presentar informes, por exigencia del artículo 19 del Protocolo de San Salvador, sobre las medidas adoptadas para garantizar el respeto de los DESC. Me refiero concretamente a los indicadores que fueron aprobados para la medición de las obligaciones previstas en dicho instrumento, y que se dirigen a evaluar el grado de cumplimiento de un primer agrupamiento de derechos (derecho a la salud, a la seguridad social; a la educación) (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2011).

Dada la importancia que el Protocolo de San Salvador tiene, en tanto es el principal instrumento de derechos sociales en el Sistema Interamericano, se analiza a continuación el tipo de definición de indicadores adoptado para medir los derechos contemplados, las categorías y principios transversales incorporadas en dicho sistema de indicadores, que es la forma de monitoreo del cumplimiento de las obligaciones estatales. Es en este contexto, que el estándar de producción y acceso a la información ocupa un lugar central que será analizado y destacado a lo largo del artículo, para finalmente sugerir algunas líneas de acción en materia de garantías en torno al derecho al acceso a la información pública.

2 Los DESC y las claves para su medición

La definición de indicadores en derechos humanos, especialmente en materia de DESC se fundamenta –y justifica– en diversas razones, tanto de carácter conceptual como empírico. En primer lugar, y directamente vinculado con la propia definición de los DESC, tanto en el texto del PIDESC con las interpretaciones adoptadas por el órgano internacional de monitoreo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)² como también en el Protocolo de San Salvador, con su órgano de monitoreo regional que es el Grupo de Trabajo para el análisis de los informes nacionales previstos en el PSS (GT).

Así, en ambos casos se establece que los Estados se comprometen a adoptar medidas necesarias, para dar cumplimiento al contenido de los derechos hasta el “máximo de recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos [...]” (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1999, art. 1³). Es decir, se establece la necesidad de medición, bajo una premisa insoslayable que la satisfacción de los DESC solo se alcanza en el largo plazo, ya que para poder medir la obligación de progresividad y la prohibición de no regresividad, es necesario medir el alcance del derecho (por ejemplo la cobertura del sector educación) pero comparando con niveles anteriores de cobertura y con

niveles posteriores, y con resultados (siguiendo con el ejemplo, el porcentaje de escolarización y de finalización de la educación primaria desagregado por sexo, etnia y zona geográfica; la tasa de analfabetismo de la población mayor de 15 años de edad, por sexo, etnia, grupos de edad, área geográfica).

De allí que los indicadores que se definan deben ser aptos para poder captar este proceso dinámico, que presupone disponer de elementos que permitan medir si eventualmente hubo un avance o si se retrocedió en relación con una situación o ejercicio de derechos ya dado.

En el caso del Protocolo de San Salvador, que entró en vigor recién el 16 de noviembre de 1999,⁴ éste incorporó una lista de DESC en la estructura regional de derechos humanos, al mismo tiempo que habilitó dos mecanismos de supervisión de cumplimiento: estableció un sistema de peticiones individuales para presuntas violaciones a los derechos de libertad sindical (artículo 8.1) y educación (artículo 13); y estableció un segundo mecanismo consistente en un sistema de informes periódicos a cargo de los Estados respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos establecidos por éste (artículo 19 PSS).

Sin embargo, el lento proceso desde la sanción del Protocolo a la posterior entrada en vigor, no logró darle el impulso necesario para poder iniciar el monitoreo correspondiente, ya que recién en el año 2005, la Asamblea General de la OEA aprobó las “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador” (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2005). Dichas normas fijaron como herramienta para la verificación del cumplimiento de las obligaciones contenidas en el PSS la presentación de informes de cada Estado Parte que incluyeran un sistema de indicadores de progreso. Sin embargo, la Asamblea General condicionó el inicio del mecanismo de informes hasta tanto se discutiera y acordara la composición del Grupo de Trabajo para analizar los respectivos informes periódicos (en adelante GT) estableciendo también como condición, que se aprobara por ese mismo órgano cuáles iban a ser los indicadores de progreso sobre los que los Estados Partes deberían informar. Consecuentemente y para tal fin, otorgó mandato a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para que propusiera indicadores para evaluar los informes de los Estados.

En el año 2007, la CIDH presentó el documento “Lineamientos para la elaboración de Indicadores de Progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales” (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2008) donde, de manera novedosa en relación con otros mecanismos de supervisión internacional que adoptan indicadores (NACIONES UNIDAS, 2008 y 2006), la propuesta conjuga indicadores de progreso con señales de progreso cualitativas, con categorías transversales a todos los derechos, y los aplica a dos derechos: seguridad social y salud. Al mismo tiempo, partiendo de un enfoque de derechos humanos, establece un puente entre los compromisos adoptados por los Estados en los instrumentos de derechos humanos y las políticas públicas internas, lo cual motivó una buena recepción por parte de distintos actores del campo de los derechos humanos, sectores académicos y organismos especializados y se constituyó en el principal antecedente regional de indicadores de progreso.⁵

En paralelo, la integración del Grupo se fue completando con la designación de sus miembros titulares, y en mayo de 2010 la Asamblea General consideró que estaba operativo y le encargó la elaboración de una nueva propuesta de indicadores de progreso, en base a las Normas (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2005) y del documento de la CIDH (2008). La primera opción realizada por el GT fue dividir en dos agrupamientos a los distintos derechos incluidos en el Protocolo: i) un primer agrupamiento incluye el derecho a la salud (artículo 10, PSS), seguridad social (artículo 9, PSS) y educación (artículo 13, PSS), para los cuales definió indicadores desarrollados en un primer documento, reservando para un momento posterior, un segundo agrupamiento integrado por el derecho al trabajo y derechos sindicales (artículo 6; 7 y 8, PSS); derecho a la alimentación adecuada (artículo 12, PSS), derecho al medio ambiente sano (artículo 11, PSS) y derecho a los beneficios de la cultura (artículo 14, PSS).⁶ El GT estableció a su vez, que cada agrupamiento y cada derecho en particular, debe considerar el enfoque de equidad de género, las especificidades de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, las personas adultas mayores, personas con discapacidades, diversidad étnica y cultural y la incidencia de la sociedad civil en la formulación de propuestas legislativas y políticas públicas, que corresponden a los demás derechos establecidos en el Protocolo (artículos 15 al 18). De este modo, el GT ofrece a los Estados un proceso de definición de indicadores paulatino pero comprensivo de la totalidad de las obligaciones contenidas en el instrumento, y habilitando el diálogo y la participación con los diversos actores tanto estatales, sociales, organizacionales y los ciudadanos en general.

En concordancia, el grupo elaboró un primer Documento que elevó a período de consulta abierto -que se extendió aproximadamente por seis meses- para que los Estados, la sociedad civil, diversos organismos especializados de Naciones Unidas, universidades, organizaciones sociales, sindicales, de mujeres, pueblos originarios, afrodescendientes, académicos y demás interesados pudieran enviar sus comentarios. Tras un número importante de comentarios y adhesiones enviadas, el GT incorporó gran parte de las sugerencias y contribuciones y elaboró el documento definitivo: "Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador" (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2011) que fue remitido, en diciembre de 2011, para la aprobación definitiva a la Asamblea General. La resolución aprobatoria del Documento fue presentada por la Argentina, con el co-patrocinio de la República del Perú y elevada a la aprobación definitiva en la Asamblea General de la OEA en su XLII período de sesiones ordinarias celebrada en Cochabamba, Bolivia en junio de 2012 (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2012). Allí los Estados de la región adoptaron el documento y se comprometieron a presentar el primer informe de país, en junio de 2014.

Cabe destacar la trascendental importancia de este hecho, en que el pleno de Estados haya aprobado el sistema de indicadores de progreso y en el que se ha dado operatividad al artículo 19 del Protocolo. Se deja inaugurado de este modo, un nuevo mecanismo con importantes potencialidades, tanto para los Estados como para la sociedad civil, que de manera mancomunada puedan avanzar en medir el progreso en el cumplimiento de los DESC en el sistema interamericano, pero que no se detiene en la medición, sino que interpela y motiva una revisión de las formas

de implementación de políticas públicas en todos los ámbitos de producción estatal, y en donde, tal como se analiza a continuación, el acceso a la información es una categoría central para promover el buen desempeño del sistema de monitoreo, como también de rendición de cuentas (*accountability*).

Por otra parte, estamos frente a un campo en construcción, pues tal como se ha señalado, si bien existen valiosos antecedentes de sistemas de indicadores que se van afianzando en el sistema universal de derechos humanos, en la Unión Europea (HOHNERLEIN, 2010), y en el ámbito Interamericano, el desafío consiste en potenciar esos sistemas de medición, precisarlos, e incorporar nuevos instrumentos para medir la implementación de derechos.

Al mismo tiempo, se establece que los informes deben ser elaborados en base a un diálogo participativo con los diversos actores de la sociedad civil (regla de participación) y de manera complementaria de modo de no reiterar los informes elaborados para otros mecanismos de protección de derechos humanos (regla de complementariedad). Por su parte, la información acerca de los indicadores, derechos e informes deben ser de amplio acceso público y se presumirá la publicidad de la información sobre los derechos (regla de publicidad) y con información pertinente y concreta, de modo de evitar generalizaciones y la confusión con indicadores de progreso o desarrollo económico. Estas reglas se refuerzan bajo la premisa del respeto de la libertad de escoger soberanamente por parte de los Estados, los medios y políticas para cumplir las obligaciones contenidas en el Pacto (margen de apreciación).

3 Indicadores y señales de progreso cualitativas: nuevas claves de interpretación

Un primer aspecto a destacar es que la medición de la implementación de derechos implica un *proceso*, que se inicia en el momento que los Estados elaboran las metas y objetivos de desarrollo y cumplimiento de los DESC que se han obligado, tanto a nivel constitucional como los incluidos en el Protocolo, de manera conjunta y participativa con los destinatarios de los derechos sociales (PAUTASSI, 2010). Este proceso es demandado permanentemente a partir del accionar de las organizaciones de la sociedad civil, en especial organismos de derechos humanos, diversas organizaciones especializadas en derechos sociales,⁷ quienes reclaman canales y mecanismos participativos, solicitando metodologías para poder efectivizar el control ciudadano del accionar de los Estados (CECCHINI, 2010). En otros casos, la fijación de indicadores se produce como resultado de una sentencia judicial, como la dictada por la Corte Constitucional de Colombia que verificando que el Gobierno no había proporcionado suficientes recursos, ni generado políticas públicas acordes para defender los derechos de las personas bajo desplazamiento forzado, le ordenó que presentase información detallada sobre las políticas desarrolladas para este colectivo en condiciones de vulnerabilidad, incluido el derechos a la alimentación, a la salud, a la educación, a la libertad y a la seguridad (UPRIMNY; SANCHEZ, 2010). El máximo Tribunal solicitó que se definan indicadores comparables que permitan verificar el grado de cumplimiento y que además sirvan para garantizar una cultura de rendición de cuentas.

En rigor, los indicadores constituyen un medio útil para articular y dar curso a las demandas y reclamos ante los garantes de derechos pero al mismo tiempo para formular políticas y programas públicos que permitan la realización efectiva de los derechos humanos (NACIONES UNIDAS, 2012). En ese sentido, el objetivo de los indicadores es precisamente fortalecer procesos al interior de los Estados de modo de superar la idea de mero informe de actuación, para que se convierta en una metodología útil para el diseño y evaluación permanente de las políticas públicas, buscando asegurar el cumplimiento del conjunto de los DESC. El sistema recientemente desarrollado en el SIDH no promueve la comparación entre los Estados como tampoco aspira a establecer ranking de cumplimiento sino que evalúa cada proceso nacional en sí mismo.

Por lo tanto, el desafío y a su vez la potencialidad del sistema de indicadores, es que no representa una mera formalidad en torno al cumplimiento de compromisos internacionales, sino que es una herramienta de enorme utilidad para la implementación de un enfoque de derechos humanos, el que ya está instalado en la región -al menos retóricamente- tanto a nivel de las políticas públicas internas como también en materia de cumplimiento efectivo de los derechos sociales (ABRAMOVICH, 2006). También es necesario que los Estados presenten ciertas garantías de iniciar un diálogo político con las organizaciones de la sociedad civil en el marco de este proceso. Es decir, que muestren cuáles son los canales que van a adoptar; y a partir de allí qué indicadores dan cuenta del inicio de dicho diálogo y su consiguiente desarrollo. Del mismo modo, cuál será la amplia publicidad que cada Estado ratificante del Protocolo va a dar al procedimiento de definición y cálculo de indicadores.

Los indicadores son parámetros o unidades de medida de tipo cuantitativo que pueden lograrse y verificarse en relación con un criterio, que en este caso, el criterio se define en relación a lo normado en el Protocolo de San Salvador. A diferencia de los indicadores utilizados en las ciencias sociales, los indicadores de medición de derechos humanos, son medidas posibles para evaluar y cuantificar el grado de cumplimiento de aquellas obligaciones definidas por las normas y los estándares que surgen de la interpretación autorizada de dichas normas (ABRAMOVICH, 2007). Precisamente los indicadores de derechos responden al contenido normativo de los mismos y a las obligaciones correlativas de los Estados que se derivan de las normas del derecho internacional de los derechos humanos.

A su vez, los órganos de interpretación autorizados de los Pactos, en este caso el Grupo de Trabajo del PSS, define los indicadores a partir de la interpretación de las obligaciones contenidas en el Protocolo. Pero no exclusivamente, sino que también se basa en estándares que ya han sido fijados por otros órganos, como el Comité del PIDESC, en tanto constituyen una referencia insoslayable en el camino de interpretación -y precisión- del alcance de las obligaciones contenidas en cada uno de los DESC.

La oportunidad y el desafío consisten precisamente en cómo el *corpus* de derechos humanos permite construir unidades de medida -cuantitativa y cualitativa- que sean aptas para evaluar la satisfacción de derechos sociales. La consabida tentación es recurrir a los indicadores de desarrollo socioeconómico ya existentes, que son

sumamente útiles para medir el contexto de desenvolvimiento del Estado, pero no alcanzan para medir el cumplimiento de derechos. A su vez, muchos de los países de la región presentan importantes déficit en la producción de información estadística, tanto en términos de infraestructura, dotación de personal técnico capacitado, como en conocimiento en derechos humanos que entre otras razones, impide disponer de información para medir un conjunto amplio de obligaciones estatales, lo cual suma una complejidad adicional a un sistema de por sí complejo.

De allí que el Estado debe tener una decisión firme sobre la importancia de promover un proceso de incorporación del enfoque de derechos humanos en la producción de la información estadística, como también de información cualitativa y de cualquier otra información reconocida por los mecanismos de validación establecidos. Es la manera que los indicadores puedan operacionalizar el contenido de los DESC. Claro está que no existe una única fórmula sencilla para reflejar esas normas y principios transversales de manera explícita en la selección de indicadores (NACIONES UNIDAS, 2012).

A continuación, se analiza de manera esquemática, los indicadores y señales de progreso propuestas por el GT del PSS para medir el cumplimiento progresivo de los derechos a la salud, seguridad social y educación.

3.1 Indicadores de progreso: más allá de la progresividad

Para cada derecho establecido en cada uno de los agrupamientos en que se han dividido los derechos contemplados en el Protocolo, el GT propone a los Estados que ordenen la información requerida sobre la base de un modelo compuesto por indicadores cuantitativos establecido en función de tres tipos de indicadores: *estructurales, de proceso y de resultados*, a los que se les suman las señales de progreso cualitativas.⁸ Estas últimas, son parámetros o unidades de medida de tipo cualitativo, que pueden lograrse y verificarse en relación con un criterio. Su característica distintiva es que captan la definición de la situación que efectúa el propio actor social y el significado que éste le da al fenómeno evaluado. Las señales de progreso, por lo tanto, resultan claves para poder interpretar los hechos. Precisamente, su propósito es reflejar el avance hasta el alcance deseado (objetivo) y realizar un seguimiento de los logros que contribuyen a obtener el objetivo deseado (EARL; CARDEN; SMUTYLO, 2002), sin agotarse en una categoría preestablecida, como tampoco de una escala de medición ya dada (estadística). Además permiten la participación de los destinatarios de las políticas estatales y sujetos portadores de derechos, incorporando una nueva forma de garantía de participación ciudadana. De la conjunción de ambos –indicadores y señales de progreso– se podrá establecer el grado de efectivación de cada derecho.

Los indicadores *estructurales* identifican qué medidas dispone el Estado para implementar los derechos del Protocolo, esto es, relevan información para evaluar cómo se organiza el aparato institucional y el sistema legal del Estado para cumplir las obligaciones del Protocolo. También consideran si existen o se han adoptado medidas, normas jurídicas, programas o políticas, o se han creado agencias públicas destinadas a implementar esos derechos.

Los indicadores *de proceso*, buscan medir la calidad y magnitud de los esfuerzos del Estado para implementar los derechos, a través de la medición de la cobertura y el contenido de las estrategias, programas o políticas específicas encaminadas al logro de metas que corresponden a la realización de un determinado derecho. Estos indicadores ayudan a vigilar directamente la aplicación de las políticas públicas y en muchos casos pueden ofrecer información sobre la variación en los niveles de calidad o cobertura de programas sociales en un determinado período de tiempo y traducirlos en cifras o porcentajes, por lo que tendrá un componente más dinámico y evolutivo que el indicador estructural.

Finalmente, los indicadores *de resultado* buscan medir el impacto efectivo de las estrategias e intervenciones del Estado y constituyen un indicio de cómo impactan esas acciones públicas sobre aquellos aspectos que definen el grado de efectividad de un derecho del Protocolo y proveen una medida cuantitativamente comprobable y comparable del accionar del Estado en materia de realización progresiva de los derechos.

A su vez, el GT (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2011) propone organizar a los indicadores bajo tres categorías conceptuales:

- a. **recepción del derecho:** en el sistema jurídico y las garantías establecidas en los Estados;
- b. **contexto financiero y compromiso presupuestario:** que alude a la disponibilidad efectiva de recursos del Estado para ejecutar el gasto público social, y de qué manera se distribuye;
- c. **capacidades estatales o institucionales:** que describen los aspectos técnicos instrumentales y de distribución de recursos al interior del aparato estatal (capacidades administrativas, técnicas, políticas e institucionales). Es decir, implica analizar bajo qué parámetros el Estado, a través de sus diversos poderes –locales y regionales– resuelven el conjunto de cuestiones socialmente problematizadas. Adoptar las capacidades estatales como categoría implica analizar las reglas de juego en el interior del aparato estatal, las relaciones interinstitucionales, los compromisos financieros, la división de tareas y del recurso humano que tiene que llevar adelante las tareas definidas. La efectivización de los derechos sociales depende entre otros aspectos, de la capacidad de los organismos institucionales (judiciales, ministerio público, agencias administrativas, del poder ejecutivo y órganos legislativos) para proveer bienes, servicios y regulaciones necesarias. Esta categoría es central en tanto solo se logra realizar derechos a partir de la acción conjunta del entramado institucional estatal, en el cual las distintas agencias públicas realizan su aporte para alcanzar el resultado esperado (ALONSO, 2007).

Estas categorías se complementan a su vez con ejes transversales de temas comunes a todos los derechos del Protocolo, que buscan identificar si están dadas las condiciones para acceder efectivamente a los derechos sociales en cada uno de los Estados a través del libre juego de las instituciones y los procesos democráticos

y deliberativos. Un eje transversal también puede abordarse como un “derecho de procedimiento” que se vincula con la realización de determinado “derecho sustantivo” y concordantemente se define en vinculación con ese derecho (NACIONES UNIDAS, 2012). A modo de ejemplo, la implementación del acceso a la información en el contexto del derecho a la salud, como derecho sustantivo, puede medirse utilizando un indicador como “porcentaje de efectores de salud con protocolos de confidencialidad de la información sobre su salud” (indicador de proceso), o en relación con el derecho a la educación, un indicador transversal en relación con el acceso a la información sería: “mecanismos establecidos para la difusión y acceso a las bases de datos y estadísticas educativas” (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2011).

Los ejes transversales definidos para los informes nacionales de cumplimiento de las obligaciones del Protocolo de San Salvador, son tres:

- i. **Igualdad y no discriminación:** constituye una obligación de “efecto inmediato” derivada de los DESC por la cual los Estados están obligados a garantizar que todas las acciones se ejercerán en condiciones de igualdad y sin discriminación, y que además harán todo lo posible para impedir las diferencias de trato basadas en factores expresamente prohibidos en el PSS.
- ii. **Acceso a la justicia:** entendido en un sentido amplio, que incluye el examen sobre la posibilidad legal y fáctica de acceso a mecanismos de reclamo y protección de tipo administrativo y judicial. Implica verificar si el Estado ha arbitrado los medios y mecanismos suficientes y adecuados para que las personas puedan interponer quejas, denuncias, reclamos administrativos y la interposición de demandas judiciales, al mismo tiempo debe garantizar que se arbitren los medios para el seguimiento del proceso hasta la ejecución e implementación de la sentencia.
- iii. **Acceso a la información, y participación política:** entendida como herramienta clave para la participación ciudadana y de resguardo democrático, como también para las instancias de rendición de cuentas (la responsabilidad horizontal y vertical o *accountability*) en las políticas públicas que implementan derechos consagrados en el Protocolo. Se trata de la obligación estatal de producir, bajo criterios validados internacionalmente, información de calidad y en cantidad suficiente y garantizar la publicidad y el acceso libre a toda persona que lo requiera.

Estas categorías y temas transversales se van a incorporar en una matriz o conjunto de tablas que incluyen indicadores de progreso específicos a cada derecho, y que han sido elaborados por el GT del PSS. De acuerdo con la resolución que aprueba el instrumento de indicadores del primer agrupamiento de derechos por la Asamblea General de la OEA, los indicadores se aprueban “[...] en el entendido de que se trata de pautas y criterios a los Estados Parte, los cuales estarán en condiciones de adecuarlos a las fuentes de información a su disposición para cumplir con lo dispuesto en el Protocolo” (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2012, consid. 2).

Del mismo modo, se dispuso que el primer informe lo presentarán los Estados a dos años de aprobado el citado documento previsto para su cumplimiento en el mes de junio de 2014. Luego de noventa días de recibido el informe del Estado Parte, el GT remitirá sus observaciones y recomendaciones a dicho Estado (conclusiones preliminares), posteriormente el respectivo Estado podrá efectuar comentarios a dichas conclusiones preliminares y se fijará posteriormente la fecha para la sesión pública entre el representante del Estado y los expertos del GT. La sociedad civil y los organismos especializados podrán remitir información al GT y participar de las sesiones públicas que el grupo convoque. Con posterioridad, y dentro de noventa días subsiguientes a la sesión con el Estado parte, el GT remitirá las conclusiones finales, las que serán adoptadas por consenso y notificará al Estado parte mediante una comunicación escrita (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS; 2011).

Hasta aquí lo pautado en el Documento de Indicadores del GT. Pero para iniciar el proceso que se ha descrito a lo largo de este artículo, es necesario comenzar, de manera inmediata, a fortalecer la capacidad de los Estados para producir información y difundirla.

4 La transversalidad del acceso a la información

Tal como he destacado, una de las características virtuosas de la definición de un sistema de indicadores en el SIDH es la interrelación prevista entre los instrumentos de medición de implementación de derechos humanos y las políticas públicas estatales. La definición de categorías institucionales apunta precisamente a desentrañar los posibles nudos críticos que pueden eventualmente impedir el avance progresivo en la implementación de los DESC, lo que sitúa la mirada ya no solo en la voluntad política de los gobiernos, sino que examina asimismo si están dadas las condiciones efectivas para poder implementar un plan de desarrollo respetuoso del conjunto de derechos humanos.

En todo momento se busca establecer relaciones entre los estándares establecidos en el Protocolo, pero también en otros instrumentos de derechos humanos, con las relaciones interinstitucionales existentes al interior del Estado, la capacidad financiera y los compromisos presupuestarios efectivos así como la disponibilidad de recursos humanos para llevar adelante el proceso de incorporación del enfoque de derechos que permita la satisfacción de cada derecho social incluido en el Protocolo. Por ejemplo, un indicador estructural de capacidad estatal es la existencia de medidas y acciones en las políticas sociales para erradicar el clientelismo político, que a la vez es considerado, no solo como un indicador de corrupción estatal y falta de transparencia, sino además, es violatorio del principio de igualdad y no discriminación. Por su parte, un indicador de proceso de capacidad estatal, es la cantidad de denuncias recibidas y resueltas por corrupción en materia de acceso a programas y planes sociales. En otros términos: los indicadores refieren a los estándares y éstos a las normas del Protocolo los que puestos en movimiento remiten a cuánto se ha avanzado –o eventualmente retrocedido- para satisfacer derechos.⁹

Concordantemente, es indispensable contar y disponer de información adecuada, accesible, de calidad y en cantidad suficientes de modo que brinde

elementos indispensables para la evaluación y posterior monitoreo de cumplimiento de obligaciones estatales.¹⁰ Pero claro está, no solo para monitoreo sino también para la elaboración y diseño de políticas públicas es necesario disponer de datos y evidencia empírica, ya que constituyen un insumo central para el inicio del diseño de cualquier política. En otros términos, es imposible pensar en formular una política sin el acceso a información de calidad y de manera suficiente, ya que sin datos empíricos no se puede conocer fehacientemente sobre cuál situación o campo de intervención busca actuar la futura política.

Pero además de la etapa diagnóstica previa a la formulación de una política, la información es fundamental para todo el proceso de implementación y para la evaluación o medición de impacto y de progreso. Este proceso de evaluación puede ser desarrollado en forma técnica, aplicando las variadas herramientas metodológicas desarrolladas para medir impacto de las políticas públicas (evaluación *ex ante*, *ex post*; de resultado, entre otras) dando respuesta a las demandas y reclamos vinculados con la verificación de los resultados de las políticas públicas, en el marco de los procesos de monitoreo y vigilancia ciudadana, transparencia y control por parte de la sociedad civil.¹¹ Asimismo es importante vincular el deber de producción de información con las demandas sociales de rendición de cuentas y todo reclamo legítimo sobre los resultados de las políticas, trascendiendo los promedios, los índices y requiriendo niveles de desagregación poblacional, territorial, de género, étnica, que arrojen luz sobre los resultados de las políticas públicas (PAUTASSI, 2010).

Concordantemente los países de la región han realizado esfuerzos para desarrollar sus sistemas estadísticos, con diverso y heterogéneo grado de desarrollo, algunos más integrados que otros, algunos con disponibilidad de indicadores de género, otros con datos que permiten captar condiciones de vida de los pueblos indígenas o de la población afrodescendiente, disponiéndose en menor medida de información de tipo cualitativa. Sin embargo, resulta interesante señalar que paulatinamente los Estados han ido incorporando algunos mecanismos de recolección y uso de información de carácter cualitativo, particularmente estudios de percepción ciudadana, estudios de satisfacción en el uso de servicios sociales, entre otros (CECCHINI, 2010).

En rigor, y desde una perspectiva de los derechos económicos, sociales y culturales, el derecho a la información ha sido consagrado tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos - CADH (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 1978, art. 13), como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (NACIONES UNIDAS, 1966, art. 19) y en la Declaración Universal de Derechos Humanos (NACIONES UNIDAS, 1948, art. 19). Además el acceso y la producción de información conforma un estándar que da cuenta de los compromisos asumidos por los Estados en materia de desempeño y cumplimiento de las obligaciones concernientes a cada derecho.

Por imperio del principio de interdependencia de los derechos humanos, y en tanto la libertad de expresión configura un presupuesto esencial de toda democracia, el conocimiento y la difusión de los asuntos de interés público es esencial para que la ciudadanía tenga efectivamente la capacidad de conocer todo lo concerniente al manejo de los asuntos públicos. Así lo ha manifestado la Corte Interamericana de

Derechos Humanos que ha adoptado la protección y promoción de un concepto amplio de la libertad de expresión, sosteniendo que es una piedra angular de la existencia misma de una sociedad democrática. Es, en fin, condición para que la comunidad a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada y resulta indispensable para la formación de la opinión pública.¹²

La extensión del derecho a la información supone la existencia de dos aspectos complementarios e interdependientes: i) el derecho a expresarse libremente y, de este modo, a brindar información y, ii) el derecho a ser informado, esto es, tanto la libertad de expresar ideas como la de ser receptor de ellas. El derecho a la información, en tanto derecho fundamental, no se encuentra limitado a la protección del emisor del mensaje, sino que con la misma fuerza también protege el derecho a recibir la información. Sólo a partir de una protección integral de los dos aspectos del fenómeno de la comunicación, puede garantizarse la vigencia del derecho y el funcionamiento regular de un sistema democrático.

A su vez, el derecho a recibir información puede ser ejercido por las ciudadanas y los ciudadanos en dos formas: a) asumiendo una conducta activa, buscando información, investigando, procurando el acceso a las fuentes de información públicas o privadas; o b) constituyéndose como sujeto pasivo, con derecho a recibir información de quienes informan u opinan, eligiendo libremente los datos e ideas que le interesen.

Por su parte, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, establece que el artículo 13 de la Convención Americana sirve como parámetro al que deberían ajustarse las leyes sobre acceso a la información de los países de la región. Allí se establece que el derecho de acceso debe ser garantizado por los Estados, sin posibilidad de restringirlo, salvo por razones excepcionales que serán examinados bajo un criterio estricto de verificación. En rigor, la regla es la publicidad de la información pública, y la confidencialidad es la excepción de interpretación estricta. Pero la interpretación va más allá y asume que el Estado no está sólo obligado a respetar el derecho permitiendo el acceso a archivos y bases de datos, sino que tiene una obligación positiva, de producir información en ciertas circunstancias, como en aquellas situaciones donde la obligación de producción de información se vincula con el ejercicio de derechos de personas históricamente discriminados o excluidos, o para poder combatir eficazmente las causas de las violaciones de derechos. Así lo determina, por ejemplo, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer - Belém do Pará (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1995) al establecer la obligación del Estado de “garantizar la investigación y recopilación de estadística y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar cambios que sean necesarios” (artículo 8 inc. h). Claramente se trata de una obligación de producción de información clara y exigible como derecho.

La CIDH ha señalado además que la obligación de los Estados de fijar regímenes legales que aseguren el ejercicio del derecho a la información debe

cumplir ciertos estándares de contenido mínimo, a saber: i) siempre se debe partir del principio de la máxima apertura de la información, ii) la presunción de publicidad respecto a reuniones y documentos claves, iii) definiciones amplias sobre el tipo de información que se encuentra accesible, plazos cortos y costos razonables, iv) revisión independiente de los rechazos de las solicitudes de información y como contratara, v) sanciones por incumplimiento y deber de proporcionar la información solicitada, vi) establecer un procedimiento adecuado para fijar las excepciones al acceso.¹³

Concordantemente, el derecho a la información se aplica a la producción y difusión de estadísticas oficiales, ya se trate de aquellas producidas con registros administrativos disponibles o con herramientas estadísticas más complejas, pero en todo caso la centralidad de las estadísticas y otras bases de datos es fundamental para garantizar este derecho (NACIONES UNIDAS, 2012). Los Principios fundamentales de las estadísticas oficiales adoptados por la Comisión de Estadística de las Naciones Unidas en 1994 destacaron la obligación de los sistemas estadísticos oficiales de satisfacer el derecho de cada persona a la información, obligación que aplica a los organismos públicos que deben divulgar información de interés público y especializada, al tiempo que las ciudadanas y ciudadanos tienen el correspondiente derecho a solicitar esa información. A su vez, el principio número tres establece que las estadísticas oficiales también han de facilitar una interpretación correcta de los datos y presentar la información conforme a normas científicas sobre las fuentes, los métodos y los procedimientos desarrollados (NACIONES UNIDAS, 2012).

Debido a la importancia que tiene para el funcionamiento institucional de un país el hecho de que la ciudadanía se encuentre debidamente informada, en calidad, cantidad y disponibilidad suficientes, el derecho a la información garantiza de un modo firme el derecho de una persona a recibir los mensajes que un tercero desea transmitirle, que deriva a su vez en la prohibición para el Estado y terceras personas de interferir indebidamente en esa comunicación, como el derecho de obtener la información que resulta necesaria para poder evaluar el desempeño de las autoridades y el cumplimiento de metas nacionales. Por lo mismo, la facultad de conocer la información contenida en archivos, estadísticas o registros en manos del Estado por parte de cualquier ciudadana o ciudadano da cuenta de la extensión de su derecho de participación en los asuntos de gobierno.

La consideración del acceso a la información no ha sido indiferente al Comité del PIDESC, que a partir de sus observaciones ha ido precisando la obligación de los Estados de realizar una vigilancia efectiva o supervisión sobre el grado de efectividad de los DESC en directa vinculación con el derecho a la información. De este modo, ha señalado que la producción de información es un presupuesto para esa vigilancia y ha impuesto a los Estados el deber de relevar información y garantizar el acceso a ella en diversas materias. Finalmente ha determinado la obligación de formular un plan de acción o una estrategia para avanzar en el grado de realización de los derechos. Las obligaciones de vigilancia, reunión de información y preparación de un plan de acción para la implementación progresiva son extensibles, como medidas inmediatas, a todos los derechos consagrados en el Pacto.¹⁴ Por ende, la limitación de recursos aquí no puede operar como excusa para el incumplimiento, lo que da

cuenta nuevamente de la importancia de los estándares en materia de derechos sociales para avanzar en la exigibilidad de derechos.

En los últimos años, se ha avanzado además en la conformación de observatorios para la difusión de información temática vinculada a los reclamos de la sociedad civil,¹⁵ o producidos por los organismos especializados de Naciones Unidas.¹⁶ Estos observatorios se concentran en temas vinculados con género, pobreza, medio ambiente, derechos del niño, sentencias judiciales, entre otros, y cumplen una importante función de articular las demandas de acceso a la información con actividades de contralor y verificación de cumplimiento de las obligaciones estatales.¹⁷

En síntesis, y a los efectos de la medición que promueve el sistema de indicadores previstos en el Protocolo de San Salvador, por cada derecho le será requerido al Estado que informe, siempre de manera transversal, cómo garantiza el acceso a la información al mismo tiempo que de cuenta de cómo avanza progresivamente en desarrollar y disponer de fuentes de información. Así, en materia de salud, el indicador estructural previsto será por ejemplo las características, cobertura (territorial y temática), presupuesto y jurisdicción del sistema estadístico en materia de salud, solicitando a los Estados que informen a su vez sobre la frecuencia y formas de actualización de la información. En el caso de los indicadores de proceso, se le solicitará a los Estados que informen sobre la cobertura de acciones o campañas de información y programas de difusión sobre los efectos del consumo de alcohol, tabaco y otras drogas. Finalmente como indicador de resultado, el Estado deberá calcular el porcentaje de niños nacidos con malformaciones fetales por consumo de alcohol y otro tipo de drogas, y finalmente como señal de progreso cualitativa le será requerido al Estado que informe sobre la características y cobertura de los medios que difunden información a las personas de sus derechos en relación con la atención a la salud (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2011).

Por último, debe subrayarse una vez más que el monitoreo internacional, la rendición de cuentas, y el contralor ciudadano por sí solo no son suficientes para alcanzar la transformación en materia de lógicas de diseño e implementación de las políticas públicas estatales sino que se requiere una efectiva transformación para lograr la incorporación del enfoque de derechos. Tal como Yamin (2010) señala, el punto fundamental para el reconocimiento y garantías de derechos es su naturaleza jurídica vinculante, internacional y nacional, siendo necesario traducir el robusto discurso normativo de los derechos humanos en herramientas concretas de acción y provisión de derechos por parte de todos los involucrados (tomadores de decisiones públicas, prestadores de servicios, destinatarios y usuarios de servicios sociales).

5 Indicadores, información y monitoreo. Una triada imbatible

A lo largo del artículo se presentaron las principales características del acceso a la información en tanto eje transversal, que como su nombre lo indica, atraviesa el sistema de monitoreo para evaluar el cumplimiento, en este caso, de las obligaciones previstas en el Protocolo de San Salvador. Debido a lo novedoso del sistema, y a que comienza el proceso de implementación, seguramente durante el transcurso

de su implementación se irá ajustando de modo de ganar precisión sin perder una mirada global de los diversos ejes y categorías a captar del proceso de satisfacción progresiva de los DESC. Sin perjuicio de la posibilidad – y de la pertinencia – de elaborar indicadores en el campo de los derechos civiles y políticos, en tanto complementarían, a la luz del acceso y producción de información, el conjunto de derechos humanos.

Uno de los principales aspectos que se visualizan en materia de políticas públicas en la región, es la necesidad de promover acciones integrales y no sectoriales, no solo en el campo de las políticas sociales sino en el conjunto de la producción del accionar estatal. Gran parte de las intervenciones fragmentadas que se han realizado desde distintos sectores estatales, en especial en relación con el acceso y producción de la información, han redundado en el desarrollo de prácticas y datos descontextualizados y sin respeto de los requerimientos de integralidad de los derechos humanos.

El uso y difusión de indicadores de derechos humanos como un mecanismo de exigibilidad de derechos tiene numerosas ventajas, algunas de las cuales fueron descriptas a lo largo del artículo, entre las que se destacan que no solo redundará en el cumplimiento de la obligación de informar a los mecanismos de monitoreo internacional como es el Grupo de Trabajo para el análisis de los informes nacionales previstos en el PSS, sino que en particular tiene un valor central en tanto herramienta de “autoevaluación” para los Estados de sus políticas, quienes bajo el principio de devolución pueden iniciar un proceso de transformación de las mismas, de modo de diseñarlas conforme al enfoque de derechos. Concordantemente, la utilización de indicadores permitirá crear nuevos mecanismos de generación y circulación de información entre las diversas agencias estatales así como también permitirá generar y difundir nueva cultura de la información pública.

La posibilidad de desarrollar una nueva institucionalidad al interior del aparato estatal demanda sin duda de numerosos procesos de transformación que aún se desconoce cómo se van a desarrollar y qué curso adoptarán. Sin embargo, la institucionalidad que aporta un sistema de indicadores y señales de progreso, el cual irá adquiriendo mayor fuerza y se irá afianzando sobre la marcha, constituye una excelente oportunidad para la ampliación de las relaciones entre el Estado y la sociedad civil. Ciudadanos y ciudadanas podrán contribuir, así, para una renovada vigorización de la esfera pública, la que sin duda será más participativa, más informada y más democrática.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- ABRAMOVICH, Víctor. 2006. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. *Revista de la CEPAL*, Santiago de Chile, n. 88, p. 35-50, abr. Disponible en: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/24342/G2289eAbramovich.pdf>>. Visitado en: Mayo 2013.
- _____. 2007. Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de políticas sociales. In: ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian (Comps.). 2007. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*. Buenos Aires: Editores Del Puerto. p. 217-252.
- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. 2002. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta.
- ALONSO, Guillermo V. (Ed.). 2007. *Capacidades estatales, instituciones y política social*. Buenos Aires: Prometeo.
- CECCHINI, Simone. 2010. Indicadores sociales y derechos humanos: algunas reflexiones conceptuales y metodológicas. In: ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura (Comps.). *La medición de derechos en las políticas sociales*. Buenos Aires: Editores Del Puerto. p. 89-126.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). 1995. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará”*. 5 de marzo. Disponible en: <<http://www.cidh.org/Basicos/Basicos8.htm>>. Visitado en: Mayo 2013.
- _____. 1998. *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”*. San Salvador, 17 de noviembre. Disponible en: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos4.htm>>. Visitado en: Mayo 2013.
- _____. 2008. *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*. OEA/Ser.L/V/II.132, Doc. 14 rev. 1. Disponible en: <<http://www.cidh.oas.org/countryrep/IndicadoresDESC08sp/Indicadoresindice.sp.htm>>. Visitado en: Mayo 2013.
- _____. 2009. *Acceso a la información pública en las Américas*. Aportes de la Relatoría para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 30 diciembre. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_DAIMJI.html>. Visitado en: Mayo 2013.
- CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DIREITOS HUMANOS. 1993. *Declaração e Programa de Ação de Viena*. Viena, Áustria, junho.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1985. *Opinión Consultiva*. OC-5/85. 13 de noviembre.

- COURTIS, Christian. 2010. Apuntes sobre la elaboración y utilización de indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. In: ARCIDIÁCONO, Pilar; ESPEJO YAKSIC, Nicolás; RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coords.). **Derecho sociales: justicia, política y economía en América Latina**. Bogotá: Colombia: Siglo del Hombre Editores.
- DE JANVRY, Alain; DETHIER, Jean-Jacques. 2012. **The World Bank and Governance: the Bank's Efforts to Help Developing Countries Build State Capacity**. World Bank. Disponible en: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/12112>>. Visitado en: Mayo 2013.
- EARL, Sarah; CARDEN, Fred; SMUTYLO, Terry. 2002. **Mapeo de alcances: incorporando aprendizaje y reflexión en programas de desarrollo**. Ottawa, Canadá: CIID-IDRC.
- HOHNERLEIN, Eva-María. 2010. Sistema de indicadores y mecanismos de vigilancia en la Unión Europea. In: ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura (Comps.). **La medición de derechos en las políticas sociales**. Buenos Aires: Editores Del Puerto. p. 197-232.
- KNACK, Stephen; MANNING, Nick. 2000. **Hacia más indicadores relevantes para el funcionamiento del gobierno**. Washington, DC: Banco Mundial. Disponible en: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/11407>>. Visitado en: Mayo 2013.
- NACIONES UNIDAS. 1948. **Declaración Universal de Derechos Humanos**. 10 de diciembre. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=spn>>. Visitado en: Mayo 2013.
- _____. 1966. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. 16 de diciembre. Disponible en: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>>. Visitado en: Mayo 2013.
- _____. 2006. **Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos**. Ref. HRI/MC/2006/7. 11 de mayo. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/icm-mc/docs/HRI.MC.2006.7_Sp.pdf>. Visitado en: Mayo 2013.
- _____. 2008. **Informe sobre los indicadores para promover y vigilar el ejercicio de los derechos humanos**. Ref. HRI/MC/2008/3. 15 de mayo. Disponible en: <http://hrbportal.org/wp-content/files/2008_Report_Spanish.pdf>. Visitado en: Mayo 2013.
- _____. 2012. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (NU-OACNUDH). **Indicadores de derechos humanos. guía para la medición y aplicación**. Ginebra y Nueva York, HR/PUB/12/5.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. 1978. **Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San Jose de Costa Rica"**. 18 de julio. Disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf>. Visitado en: Mayo 2013.
- _____. 2005. **Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador**. Ref. AG/RES. 2074 -XXXV-OU/05. 7 de junio. Disponible en: http://www.scm.oas.org/idms_public/SPANISH/hist_05/cp14454s04.doc - 05/05/2005>. Visitado en: Mayo 2013.

- _____. 2011. Grupo de Trabajo Protocolo de San Salvador (OEA-GTPSS). **Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador.** Grupo de Trabajo para el análisis de los informes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador. Washington, OEA. Ref. OEA/Ser. L/XXV.2.1.GT/PSSI/doc.2/11. Disponible en: <http://www.sedi.oas.org/ddse/ espanol/index-7_GT.asp>. Visitado en: Mayo 2013.
- _____. 2012. **Aprobación de indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador.** Ref. AG/RES. 2713 (XLII-O/12). 4 de junio.
- PAUTASSI, Laura. 2010. Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales: más allá de la medición. In: ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura (Comps.). **La medición de derechos en las políticas sociales.** Buenos Aires: Editores Del Puerto. p. 1-88.
- RICO, María Nieves (Coord.). 2012. **Guía para estimar la pobreza infantil:** información para avanzar en el ejercicio de los niños, niñas y adolescentes. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL); UNICEF.

NOTAS

1. Según lo señalado el artículo 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena (CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, 1993, 5).
2. Uno de los primeros esfuerzos por desarrollar el sistema de indicadores por parte del Comité PIDESC se efectuó por el entonces relator especial de la Comisión de Derechos Humanos, Danilo Türk (1990) quien advirtió sobre los límites de los indicadores disponibles y que no resultaba posible realizar comparaciones globales o locales, sugerencia que fue a su vez adoptada por el Comité del PIDESC.
3. Véase también el artículo 2 del PIDESC.
4. Si bien hay 19 Estados que firmaron el Protocolo, a la fecha sólo 16 han depositado el instrumento de ratificación. Sería oportuno que la sociedad civil como las distintas instancias del SIDH promuevan un proceso activo de ratificación de este importante instrumento.
5. La elaboración de este Documento estuvo a cargo del comisionado Víctor Abramovich y fue aprobado por la CIDH.
6. El grupo de Trabajo elaboró el segundo agrupamiento de derechos, que fue elevado a consulta abierta por los Estados el 3 de diciembre de 2012 y permaneció abierto hasta el 30 de septiembre de 2013. Una vez recibidos los comentarios de los Estados, el GT analiza e incorpora las observaciones que considere pertinente, y eleva un nuevo documento el que se eleva para su revisión y aprobación por parte de la Asamblea General de la OEA. Para información o enviar consultas al grupo de Trabajo, visitar <http://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/index-7_GT.asp>. Visitado en: May. 2013.
7. En la página web de la CIDH se pueden consultar las respuestas enviadas por la sociedad civil y en la página de SEDI-OEA, se pueden conocer las observaciones enviadas al documento del GT, en especial las adhesiones y apoyo al mecanismo, <http://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/index-7_GT.asp>. Visitado en: May. 2013.
8. Se sigue aquí los principales ejes del Documento OEA-GTPSS (2011).
9. Cabe destacar los importantes avances que desde la sociedad civil se han realizado en torno al desarrollo de indicadores, especialmente en el campo de transparencia internacional, en cada uno de los capítulos nacionales, como en el caso de Colombia, el Sistema Nacional de Integridad, o de rendición de cuentas y de seguimiento de los compromisos en materia de acceso a la información (<<http://www.transparenciacolombia.org.co>>).
10. Resulta posible estructurar los componentes individuales de cada derecho en vinculación con las respectivas obligaciones gubernamentales, y de allí

se ha definido un sistema de 4 A: asequibilidad o "disponibilidad" de servicios, instancias o medidas para el goce del derecho en cuestión, accesibilidad según el cual se debe garantizar el ejercicio libre de discriminación, aceptabilidad conforme a la cual es el Estado el que debe asegurar la adecuada calidad de las prestaciones, y adaptabilidad que obliga a los Estados a brindar las mejores prestaciones que se adapten a las necesidades de los portadores de derechos (TOMASEVSKI, 2001). Este sistema de las 4-A, estableció una relación entre el contenido del derecho y su propia naturaleza con las obligaciones positivas y negativas que le competen a los Estados, pero también incorpora la dimensión de la exigibilidad del derecho, a la vez que establece la interrelación con el necesario respeto a estas dimensiones a la hora del diseño de una política pública en el campo social. Ver Abramovich (2006), Vázquez e Delaplace (2011).

11. Un lugar destacado tienen las herramientas desarrolladas por Global Integrity en relación con la rendición de cuentas (<<http://www.globalintegrity.org>>) y los esfuerzos del Banco Mundial en materia de acceso a la información (<<http://datacatalog.worldbank.org/>>), entre otros ver De Janvry, y Dethier (2012) y Knack y Manning (2002) y World Bank (2007). En este último caso, el Banco Mundial propone la implementación del enfoque de derechos, pero aplicado a los programas sociales, particularmente buscando estimular la participación de los destinatarios, pero sin realizar una revisión -desde los estándares de derechos humanos- de los límites de dichos programas en términos de derechos humanos, especialmente desde el estándar de universalidad.

12. Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Opinión Consultiva**. OC-5/85, del 13/11/1985, Serie A, N° 5.

13. Cf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Relatoría para la libertad de expresión. Acceso a la información pública en las Américas**. Aportes de la Relatoría para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, p. 12.

14. OG N° 1, puntos 3 y 4. Cf., citado en Abramovich y Courtis (2002).

15. El Centro para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESR) ha desarrollado un marco de trabajo, que se compone de cuatro pasos en los que se analizan varios aspectos de la obligación de aplicar los derechos económicos y sociales denominado OPERA (Resultados, Esfuerzos Políticos, Recursos y Valoración), que incorpora diferentes medidas para principios y estándares específicos de derechos humanos, (<<http://www.cesr.org/>>)

16. Son numerosas las bases de datos de los organismos especializados que contienen indicadores, de tipo socioeconómico y un importante avance en indicadores de derechos humanos. Entre otros, se destacan: - la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos ha elaborado el índice universal de derechos humanos (<<http://uhri.ohchr.org/>>); -el Observatorio para la Igualdad de Género de América latina y el Caribe de la CEPAL mantiene un sistema en base a la definición de tres tipos de autonomía de las mujeres: Autonomía económica, física y política (www.cepal.org/cl/mujer); -los indicadores de desarrollo humano a cargo del PNUD (<<http://hdrstats.undp.org/en/tables/default.html>>); - el monitoreo de derechos de UNICEF de la situación de los niños, niñas, adolescentes y mujeres (<<http://www.childinfo.org/>>), -las estadísticas educativas de UNESCO (<<http://stats.uis.unesco.org/unesco/TableViewer>>) y las vinculadas con el mundo del trabajo y derechos sindicales de la Organización Internacional del Trabajo (<http://www.ilo.org/stat/lang-en/index.htm>) entre otros.

17. Entre algunas de las múltiples iniciativas que se han desarrollado en seis países de la región (Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú), a partir del diseño de un Observatorio de Sentencias Judiciales sobre derechos de las mujeres, con una base de datos que facilita el acceso a la información para la comprensión de la relación entre judicialización y provisión pública de servicios sociales, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, ELA (<www.ela.org.ar>)

ABSTRACT

The article analyzes how production of and access to information form part of the process of developing and using human rights indicators, particularly in terms of their integration into the mechanism recently created in the Inter-American human rights system that corresponds to States Parties' reporting obligations in light of Article 19 of the Protocol of San Salvador. Next, the article analyzes the adopted indicators, the categories and crosscutting principles that complement the system of indicators, and how the standard of production of and access to information operates within that context. Finally, taking into account the principles of the interdependence, universality, and indivisibility of human rights, it identifies ways to strengthen and achieve a robust institution framework for economic, social and cultural rights (ESCR).

KEYWORDS

Access to information – Indicators – Economic, social and cultural rights

RESUMO

O artigo analisa de que maneira a produção e o acesso à informação se enquadram no processo de elaboração e utilização de indicadores em matéria de direitos humanos, particularmente em sua integração ao recente mecanismo criado no sistema interamericano de direitos humanos, correspondente às obrigações dos Estados Partes de prestar informações, por exigência do artigo 19 do Protocolo de San Salvador. Desse modo, o artigo analisa os indicadores adotados, as categorias e princípios transversais que complementam o sistema de indicadores, e como funciona nesse contexto o padrão de produção e acesso à informação. Por último, levando em conta os princípios de interdependência, universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, identificam-se aspectos necessários para fortalecer e conseguir uma institucionalidade robusta em direitos econômicos, sociais e culturais (DESC).

PALAVRAS-CHAVE

Acesso à informação – Indicadores – Direitos econômicos, sociais e culturais.



JO-MARIE BURT

Jo-Marie Burt es profesora asociada de ciencias políticas en George Mason University, donde también es directora de Estudios Latinoamericanos y co-dirige el Centro de Estudios Globales. La Dra. Burt realizó varias publicaciones sobre violencia política, derechos humanos y justicia transicional. Su investigación actual se centra en los juicios por derechos humanos en América Latina. Es directora del proyecto Juicios por violaciones de Derechos Humanos en el Perú (www.rights.net).

Email: jmburt@gmu.edu CASEY CAGLEY



Casey Cagley tiene una Maestría en Artes en Ciencia Política por la George Mason University y actualmente trabaja como investigador asociado en el Centro de Estudios Globales de la misma universidad. Su área de investigación se enfoca en derechos humanos y gobernanza, delitos violentos y corrupción en América Latina.

Email: cecagley@gmail.com

RESUMEN

El mundo ha sido testigo en los últimos años de la aprobación de una gran cantidad de leyes que protegen la libertad de información (LDI). Este trabajo examina el rol de la legislación sobre LDI en su capacidad de permitir que las sociedades accedan a la información sobre las atrocidades del pasado, así como los obstáculos que se enfrentan al hacerlo. Se analizará la experiencia de acceso a la información en Perú, así como los recientes obstáculos para acceder a la misma y las respuestas de los investigadores, jueces y organizaciones de la sociedad civil.

Original en inglés. Traducido por Maité Llanos.

Recibido en marzo de 2013. Aceptado en mayo de 2013.

PALABRAS CLAVE

Acceso a la información – Derechos humanos – Perú – Justicia transicional – Transparencia



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

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

ACCESO A LA INFORMACIÓN, ACCESO A LA JUSTICIA: DESAFÍOS PARA LA TRANSPARENCIA EN PERÚ

Jo-Marie Burt y Casey Cagley

1 Introducción

En los últimos años, el mundo ha sido testigo de un aumento significativo de la cantidad de leyes que protegen la libertad de información (LDI) (BANISAR, 2006; MENDEL, 2009; MICHENER, 2010). Esta explosión de legislación relativa a la LDI se dio rápidamente, y como consecuencia, los académicos han sido lentos para desarrollar las implicaciones teóricas de este fenómeno. Es sorprendente que se conozca poco sobre los factores que llevaron a la promulgación de leyes de LDI o sobre las variables que afectaron los niveles de cumplimiento por parte del Estado una vez promulgadas. Tal vez aún más importante y pendiente, sea analizar los efectos de las leyes sobre LDI en temas vinculados a la gobernanza, tales como corrupción o derechos humanos.

El presente artículo examina el rol de la legislación sobre LDI en cuanto a su capacidad de permitir que la sociedad reclame transparencia y responsables por las atrocidades cometidas en el pasado, así como los obstáculos enfrentados en esta tarea. Nos enfocaremos especialmente en la experiencia de Perú, donde el acceso a la información pública ha sido un factor clave en la búsqueda de justicia por las atrocidades cometidas por actores estatales durante el conflicto armado interno en el país, pero donde tal acceso a la información ha sido restringido especialmente en años recientes.¹ Este ha sido un factor clave en la desestimación de cientos de casos de violaciones a los derechos humanos por parte de autoridades legales. Debatiremos algunas de las formas en las que los actores estatales han obstaculizado el acceso a la información y, tal vez no casualmente, la evolución hacia la exposición y juicios por actos crueles del período más oscuro de Perú.

Este documento se fundamenta en las investigaciones realizadas por la

Ver las notas del texto a partir de la página 99.

autora principal sobre el estado de los juicios por graves violaciones a los derechos humanos en Perú desde 2009. Esta investigación recoge datos de diversas fuentes, incluyendo datos del Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, los registros judiciales, archivos de organizaciones de derechos humanos, y la prensa. Una de las primeras conclusiones de la investigación es que no había un registro central de los juicios por derechos humanos en curso en ninguna entidad pública o privada. Como resultado, y en estrecha colaboración con organizaciones de derechos humanos que representan a las víctimas en estos casos, la autora principal construyó un registro de los juicios por derechos humanos en curso, así como sobre las sentencias producidas por las cortes peruanas en tales casos.² Además, la autora principal observó *in situ* numerosos juicios, publicaciones, informes y nuevos artículos vinculados a estos casos y al proceso judicial más amplio; entrevistó jueces, fiscales y otros operadores judiciales, abogados de derechos humanos, sobrevivientes y familiares de las víctimas y observadores externos.³

El estudio muestra que desde el inicio de la transición democrática en 2000-01, mientras que el Estado peruano hacía importantes esfuerzos para el llegar a la verdad y hacer justicia para las víctimas de las violaciones a los derechos humanos perpetradas por el Estado, existen aún muchos obstáculos para lograr transparencia.

Este estudio se enfoca en uno de estos obstáculos: la negativa por parte del Estado peruano a cumplir con el derecho al acceso a la información sobre las violaciones pasadas a los derechos humanos. Este artículo termina con algunas conclusiones y recomendaciones generales en lo que respecta al libre ejercicio del derecho a la información.

2 La evolución en el acceso a la información

En 1990, el derecho al acceso a la información era difícilmente un concepto universalmente aceptado. En aquel momento, sólo 13 países en el mundo habían adoptado una legislación que protegía e institucionalizaba el derecho al acceso a la información del gobierno; sólo uno de estos estaba en América Latina.⁴ Para 2003, esta cifra se había más que triplicado, aumentando a 45 países en todo el mundo. Este patrón de países que promulgaron legislación sobre LDI, que en algún momento se conoció como “explosión” (ACKERMAN; SANDOVAL-BALLESTEROS, 2006) o “revolución” (MENDEL, 2009) continuó desarrollándose en la segunda década del siglo XXI. Tras la promulgación de legislación sobre LDI en El Salvador (Marzo 2011) (TORRES, 2011) y Brasil (Noviembre 2011) (THE GLOBAL NETWORK OF FREEDOM OF INFORMATION ADVOCATES, 2011) más de 90 países en todo el mundo y 13 países en América Latina han establecido legislación que consagra el derecho al acceso a la información gubernamental (ver imagen 1).

Mientras que Colombia promulgaba la primera legislación de América Latina sobre LDI a mediados de los 80s, la ola de promulgación de estas leyes en la región comenzó en 2002 con México, Panamá y Perú. Ecuador y República Dominicana lo siguieron, promulgando leyes en 2004. Honduras en 2006, Nicaragua en 2007, Guatemala, Chile y Uruguay en 2008, y Brasil y El Salvador en 2011, uniéndose todos al club de los países con legislación sobre LDI en su haber. Si bien Argentina no consiguió

Image 1

Legislación sobre el Derecho a la Información, fechas de promulgación en América Latina



aprobar la legislación sobre LDI, el decreto ley 1172, aprobado en 2003, establece el acceso a la información de la rama Ejecutiva del gobierno.

Ya que la legislación nacional se ha dirigido hacia la institucionalización del acceso a la información, el derecho internacional, particularmente el sistema interamericano, produjo importante jurisprudencia apoyando su desarrollo. En 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se pronunció en el caso de *Claude Reyes vs. Chile* en el que el gobierno de Chile había violado los derechos de la Fundación Terram, una organización no gubernamental ambientalista, a acceder a la información sobre el principal operativo de explotación forestal del país.⁶ Con esta decisión la

CIDH fue el primer “tribunal internacional que reconoció el derecho fundamental al acceso a la información de gobierno como un elemento del derecho a la libertad de expresión” (OPEN SOCIETY FOUNDATION, 2009).⁷

El caso *Mack Chang vs. Guatemala*, de 2003 en el que intervino la Corte Interamericana varios años antes del caso *Reyes*, estableció severas limitaciones a la capacidad del Estado de restringir el acceso a la información pública. La Corte sentenció:

En caso de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información o en razones de interés público, seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas del proceso.

(INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006).

En otras palabras, la información vinculada a juicios sobre graves violaciones a los derechos humanos no puede ocultarse en base a argumentos de seguridad nacional.

Más recientemente, la CIDH falló contra Brasil en el caso de 2010 de *Gomes Lund vs. Brasil* (Guerrilla de Araguaia). En ese caso, la Corte resolvió que la negativa de Brasil a aportar información sobre el paradero de un gran grupo de guerrilleros de izquierda desaparecidos durante la dictadura militar en ese país (1964-1985) violaba el derecho a la información consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte fue más allá en este caso, escribiendo que Brasil también había violado la “obligación de investigar”,

de proporcionar “acceso a la corte”, y aún más relevante, que la ley de amnistía de Brasil era “incompatible con la Convención Americana y que carece de efectos jurídicos” (OPEN SOCIETY FOUNDATIONS. 2010).⁸

Estos casos ayudan a ilustrar cómo evolucionan las definiciones y conceptos detrás de la libertad de información. Toby Mendel argumenta que el término “libertad de información” está siendo rápidamente reemplazado por “derecho a la información” tanto por activistas como funcionarios. Por ejemplo, cita la legislación sobre LDI de India que habla sobre “derecho” a la información en su título (*Ley sobre el Derecho a la Información*) (MENDEL, 2008; MENDEL 2009, p. 3). Es interesante ver, que el informe del Diálogo Interamericano de la conferencia de 2002 sobre el acceso a la información en las Américas, expresa que el acceso a la información se comprende mejor no como un derecho “humano” individual sino como un asunto de interés público - “un pre-requisito para la democracia, para el debate abierto, para la transparencia” (INTER-AMERICAN DIALOGUE, 2004, p. 13). Otros, (ACHERMAN; SANDOVAL-BALLESTEROS, 2005) reconocen que existe un creciente discurso sobre la LDI en tanto que libertades positivas, más que negativas. En otras palabras, más que comprender a la LDI como una libertad *de* la censura y control, deberíamos conceptualizarlo como una libertad *para* alcanzar fines particulares – conocimiento sobre el destino de un ser querido o de la participación de algún ex general de la armada en crímenes de lesa humanidad, por ejemplo.

Lo que esta escuela de pensamiento ofrece es la conceptualización del derecho a la información entendido en términos de otros derechos civiles o políticos más establecidos o ampliamente reconocidos. Los casos *Claude Reyes vs Chile* y *Gomes Lund vs. Brasil* anteriormente citados sostienen que el acceso a la información debería ser garantizado como un ingrediente necesario para los demás derechos consagrados en el derecho internacional: principalmente, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la participación, consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Alasdair Roberts da continuidad a esta línea de pensamiento al considerar el derecho al acceso a la información, a la luz de la difusión del “pluralismo estructural” en los gobiernos (ROBERTS, 2001). Para sintetizar este argumento, la delegación continua de funciones de gobierno a corporaciones y a otras organizaciones no gubernamentales desafía la habilidad del “derecho” a la información en sí mismo para acceder a información sin depender de la invocación de otros derechos en que la información pueda estar enraizada como el de libertad de expresión y el de participación, que generalmente tienen más asidero en las legislaciones y constituciones de las Américas. En el caso de Perú, como se explicará luego, el derecho al acceso a la información pública se articula tanto como derecho en sí mismo, y como derecho implícito e inherente al ejercicio de otros derechos constitucionales.

3 La caída de Fujimori y la creación del sistema de acceso a la información de Perú

La cuestión sobre cómo definir y operativizar el concepto del derecho al acceso a la información pública es de particular relevancia en un tipo de situación post conflicto, como la de Perú. Entre 1980 y 2000, Perú estuvo consumido

por un conflicto armado devastador, que involucraba al Estado y a dos grupos insurgentes (el grupo maoísta Sendero Luminoso y el más tradicional Movimiento Revolucionario Tupac Amaru o MRTA). Este conflicto resultó en casi cerca de 70.000 muertes concentradas principalmente en comunidades indígenas rurales.⁹ Luego de la dramática caída del gobierno del Presidente Alberto Fujimori, en 2000, el país se embarcó en un proceso de transición, buscando restablecer el gobierno democrático y adoptar mecanismos de justicia transicional claves para enfrentar el legado de la violencia pasada. Como podremos ver, los juicios penales por violaciones masivas de los derechos humanos han jugado una parte importante en este proceso.

Luego de diez años de gobierno autoritario de Alberto Fujimori, el régimen colapsó en Noviembre de 2000 luego de un gran escándalo de corrupción que lo motivó a huir a Japón, desde donde mandó por fax su renuncia. En el contexto de la transición democrática bajo Valentín Paniagua (Noviembre 2000-Julio 2001) y luego Alejandro Toledo (2001-2006), el gobierno peruano hizo un esfuerzo concertado para alejarse de las tendencias autoritarias de los diez años anteriores y para consolidar la naciente democracia. Esto incluye, entre otras medidas, reformas de las instituciones electorales y del poder judicial (que había sido completamente politizado durante el gobierno Fujimori) reinsertando a Perú en el sistema interamericano de protección de derechos humanos (Fujimori había retirado a Perú luego de una serie de sentencias desfavorables relativas a derechos humanos), la creación de una comisión de la verdad para examinar las violaciones a los derechos humanos cometidas durante un conflicto que duró 20 años, y la implementación de nuevas medidas para desarrollar una mayor transparencia en el gobierno.

Entre otras medidas, fue importante el compromiso con la transparencia y la apertura, que incluyó el desarrollo de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante Ley de Transparencia). La Ley de Transparencia dio grandes pasos para institucionalizar y proteger el derecho al acceso a la información, consagrado en la Constitución de 1993. El artículo 2 (cláusula 5) de la Constitución declara: “Todas las personas tienen derecho [...] a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido” (PERÚ, [1993], 2005).

La ley de Transparencia, adoptada en 2002, dictamina que cualquier documentación financiada con fondos públicos es considerada información pública y debería por lo tanto estar al acceso del público.¹⁰ También prevé la publicación proactiva de parte del Estado, incluyendo la publicación a través de internet, del presupuesto, registros de compras, e información sobre actividades oficiales, entre otros temas. Los ciudadanos pueden pedir información a cualquier agencia de gobierno o a organizaciones privadas que brinden servicios públicos o que reciban fondos públicos. Es importante resaltar que, el artículo 15 de la Ley de Transparencia específicamente exime de clasificación de cualquier índole a la información sobre abusos a los derechos humanos: “No se considerará como información clasificada, la relacionada a la violación de derechos humanos o de las Convenciones de Ginebra de 1949 realizada en cualquier circunstancia, por cualquier persona” (PERU, 2003). La ley peruana estipula que los órganos que reciben pedidos deben responder a los mismos en el transcurso de siete días hábiles.

El proceso de apelación para los pedidos denegados de información, prevé un proceso interno, pero no uno externo. En otras palabras, mientras los solicitantes pueden apelar a un departamento más alto de aquel al que se hizo la solicitud en la misma agencia donde se presentó el pedido, la ley no estipula un órgano independiente que tenga la capacidad o autoridad para evaluar tales casos. A pesar de la Defensoría del Pueblo peruana investigar casos de no cumplimiento, esta no tiene poder vinculante. Estos casos deben apelarse a través del sistema judicial, en base al derecho de *habeas data*.

La ley peruana no exige a los órganos gubernamentales que brinden asistencia a los solicitantes que lo necesiten. Esto afecta tanto a las personas con discapacidades, así como a aquellas cuya primera lengua no es castellano, una población considerable en Perú. La falta de una comisión de supervisión independiente, tal como el Instituto Federal de Acceso a la Información de México, hace que el proceso de solicitud sea difícil y que probablemente obstaculice el desarrollo de una cultura de transparencia. Esto es particularmente cierto si se considera la amplia naturaleza de la información eximida por la ley, en tres niveles. Primero, la información “secreta”, de la cual trata el artículo 15, generalmente incluye información militar y de inteligencia. La información “reservada”, de la cual trata el artículo 16, incluye información concerniente a la policía y al sistema judicial. Finalmente, información “confidencial”, de la cual trata el artículo 17, cubre un amplio rango de exenciones, incluyendo todas las informaciones protegidas por una ley del Congreso o por la Constitución. Como respuesta, a principios de 2013, la Defensoría del Pueblo propuso la creación de una comisión independiente de supervisión, con el apoyo de la sociedad civil.¹¹

4 La llegada de los juicios por derechos humanos luego de Fujimori¹²

Tal como el proceso de la consolidación de la democracia peruana, los primeros juicios por violaciones a los derechos humanos, comenzaron sobre las ruinas del régimen de Fujimori. En Marzo de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictaminó que el Estado era responsable por la matanza en 1991 de 15 personas en el barrio de Barrios Altos de Lima y ordenó una investigación por el crimen, y el juicio y castigo de los responsables. Como parte de la sentencia de Barrios Altos, la Corte Interamericana anuló las leyes de amnistía peruanas de 1995, abriendo camino para algunas de las primeras condenas relativas a violaciones a los derechos humanos del conflicto interno, que tuvo una duración de 20 años.

Luego del fallo de la Corte Interamericana, el presidente interino Valentín Paniagua anunció la creación de la Comisión de Verdad y Reconciliación (CVR). La CVR fue dotada de un amplio mandato para investigar y proporcionar una memoria oficial del conflicto interno. Además, la CVR estableció una unidad legal para investigar las violaciones a los derechos humanos y para derivar casos a las autoridades judiciales para el juicio penal. Como parte del informe final, presentado en 2003, la CVR derivó 47 casos a las autoridades judiciales para el juicio penal. Mientras que algunos de estos casos implicaban a líderes de los dos

grupos insurgentes, en su mayoría involucraban a agentes estatales, quienes hasta ese momento no habían sido juzgados ni castigados por esos crímenes.

Como parte de sus extensas recomendaciones, la CVR urgió al gobierno a crear un sistema especial de fiscalías y tribunales para tratar casos de derechos humanos. El desarrollo de este nuevo sistema de enjuiciamiento fue lento, pero comenzó a tomar forma a fines de 2004 e inicios de 2005. Hoy, siete fiscalías especiales operan en jurisdicciones clave (dos en Lima, dos en Ayacucho, y una en Huancavelica, una en Huánuco y una en Junín) y también fueron establecidos varios tribunales, aunque una directiva de la Suprema Corte declaraba que todos los casos en los que hay dos o más demandados deberían ser trasladado a Lima, lo que resultó en que muchos casos fueran dirimidos en la Sala Penal Nacional de Lima. Las primeras sentencias sobre casos por violaciones a los derechos humanos fueron dictadas en 2006.

En sus primeros años, el sistema especial para investigar y procesar violaciones de derechos humanos dictó una serie de sentencias en varios casos emblemáticos. Uno de los primeros veredictos, por el caso del estudiante desaparecido Ernesto Castillo Páez, condenó a cuatro oficiales de policía y reconoció el crimen de desaparición forzosa como crimen de lesa humanidad. El caso más conocido dentro de Perú fue sin dudas el juicio del ex presidente Fujimori. Extraditado de Chile en Septiembre 2007, el ex presidente fue llevado a juicio el año siguiente y en abril de 2009 fue declarado culpable y sentenciado a 25 años de prisión por una serie de graves violaciones a los derechos humanos, que según los jueces que los condenaron, constituían crímenes de lesa humanidad conforme el derecho internacional¹³ (BURT, 2009; AMBOS, 2011).

La autora principal acompañó de cerca el juicio a Fujimori y cuando concluyó desarrolló un proyecto de investigación colaborativa junto a organizaciones locales de derechos humanos para analizar el estado de otros casos sobre derechos humanos pendientes, derivados del conflicto armado interno de 20 años. La Defensoría del Pueblo supervisó los 47 casos recomendados por la CVR para el juicio penal, junto a otros 12 casos, pero la evidencia sugiere que el universo de casos era mucho mayor, y poco se sabe sobre la situación de las investigaciones penales y juicios en curso.

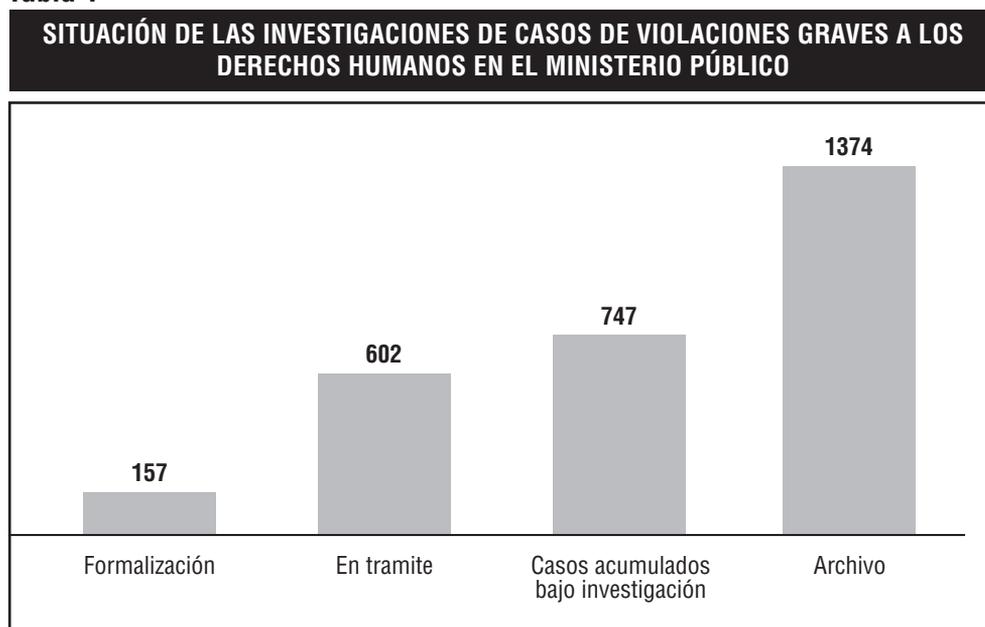
Junto con ONG peruanas de derechos humanos, la autora principal, desarrolló una base de datos sobre los casos activos basada en informaciones de las propias ONG, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo, para tener una mejor comprensión sobre la situación de las investigaciones criminales y juicios. Esto se volvió una tarea más urgente en 2010 luego de una serie de absoluciones polémicas por parte de la Sala Penal Nacional, de los esfuerzos sostenidos para imponer una nueva ley de amnistía y del cierre de los procesos penales, así como por la evidencia que sugiere la interferencia política en el proceso judicial.

Para resumir, los resultados de la investigación indican que el universo de casos es mucho mayor que el esperado (2.880 denuncias presentadas al Ministerio Público) avanzando mucho más lentamente que lo entendible (el Ministerio Público presentó cargos en sólo 157 casos, 5% del total); un gran número de casos siguen bajo investigación preliminar (602) o investigación activa (747) (47%); y un significativo número de casos –1.374 o 48%– han sido cerrados o rechazados, gran

parte de los cuales, según las entrevistas realizadas con funcionarios del Ministerio Público, debido a la información insuficiente sobre la identidad de los autores de los crímenes (ver tabla 1). Con relación a las sentencias, un número significativo de fallos dieron lugar a sentencias absolutorias, algunas de los cuales son altamente serias (de 50 veredictos identificados hasta el presente artículo, uno o más acusados de 20 veredictos¹⁴ han sido condenados, mientras que todos los acusados de 30 veredictos, han sido absueltos) a pesar de que un significativo número de estos fallos han sido revocados en apelación por la Suprema Corte y lo que llevó esos casos a nuevo juicio.¹⁵ El número general de individuos absueltos es mucho mayor que el de los condenados (133 absueltos y 66 condenados).¹⁶

Las organizaciones de derechos humanos han sido muy críticas por varias de estas sentencias, sugiriendo que las autoridades jurídicas no consiguen sopesar apropiadamente la evidencia clave, ignorando el derecho internacional, e incluso sentencias anteriores emitidas por cortes peruanas (RIVERA, 2009, 2012). Por ejemplo, mientras que el veredicto sobre Fujimori establece que en casos de derechos humanos es poco probable que existan órdenes escritas, y que por lo tanto la evidencia de las circunstancias puede ser utilizada para fundamentar condenas, la Sala Penal Nacional dictó una serie de absoluciones en varios casos recientes sosteniendo que no existían órdenes escritas y que la autoría indirecta (o intelectual) no podía ser establecida, provocando la absolución de oficiales militares con posición de comando. Adicionalmente, mientras que el veredicto sobre Fujimori valida la evaluación de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Perú de que hubo violaciones sistemáticas a los derechos humanos en ciertos lugares y en ciertos momentos, fallos recientes de la Sala Penal Nacional no toman en consideración tales conclusiones, declarando en

Tabla 1



Fuente: Información fornecida por la Fiscalía Coordinadora del Ministerio Público; gráfico de la autora. Fecha: Noviembre 2012

su lugar que las masacres y otras violaciones a los derechos humanos fueron meros “excesos” cometidos por personal militar de bajo rango; lo que también permitió justificar en varios casos, la absolución de comandantes.

Al momento de escribir este artículo, docenas de casos estaban siendo juzgados. Algunos de ellos involucran casos altamente emblemáticos, incluyendo la masacre de Accomarca de 1985, de 69 campesinos (en su mayoría mujeres, personas mayores y más de 20 niños); el caso de detención arbitraria, tortura y desapariciones forzadas ocurridas en la base militar Los Cabitos en Ayacucho; el caso contra “Agente Carrión”, agente de inteligencia Fabio Urquiza Ayma, cuyo diario personal fue descubierto durante su arresto en 2001 en el que describe su participación en el asesinato de 14 personas, entre ellos el periodista Luis Morales Ortega y a la ex alcaldesa de Huamanga, Leonor Zamora; y el nuevo juicio por la masacre de Santa Bárbara de 15 personas en 1991.

Mientras algunos casos importantes fueron exitosamente juzgados y se dictaron importantes sentencias, existen otras tendencias preocupantes en Perú. Después de diez años de la publicación del Informe Final de la CVR y las recomendaciones de juzgar graves violaciones de derechos humanos, el ritmo y el progreso de las investigaciones realizadas por el Ministerio Público son excesivamente lentos y en algunos casos parecen paralizados, un pequeño número de condenaciones contra presuntos responsables han sido dictadas, si se compara con el universo total de casos, y cerca de la mitad del total de las denuncias han sido rechazadas. Una vez que las condenaciones son emitidas, el judiciario debe realizar una investigación propia antes de pasar a la fase de juicio; generalmente puede llegar a tomar atrasos, incluso años, y una vez que están en juicio la espera es extremadamente lenta. Por ejemplo, el juicio de Accomarca comenzó en noviembre de 2010 y no se espera que termine antes de 2014. Por último, la serie de absoluciones de los últimos años generaron severas críticas sobre los tribunales que toman los casos de derechos humanos.¹⁷

5 Acceso a la información obstaculizado en los juicios sobre derechos humanos

Si bien el desarrollo de la ley de transparencia en Perú fue impresionante en los papeles, el grado de transparencia real en el país –particularmente en lo que respecta a los casos que involucran violaciones a los derechos humanos– es pobre. Los grupos e individuos que monitorean el cumplimiento de las normas de transparencia y regulaciones en Perú, muestran un panorama preocupante. El grupo de la sociedad civil Instituto de Prensa y Sociedad cita un mero 17% como índice de respuesta a las más de 40.000 demandas de información presentadas (este número se refiere a todos los pedidos presentados ante todas las agencias) en el primer año de existencia de la ley. A la vez, 68% de los pedidos estaban incompletos o no respondían a los plazos establecidos por la ley y 32% del total de los pedidos no cumplía con ninguno de los requisitos (MENDEL, 2008).

La cultura de transparencia es particularmente débil en el Ministerio de Defensa, en las Fuerzas Armadas, en la Policía Nacional y en el Ministerio del

Interior. Esto es lamentable en el caso de las investigaciones de violaciones pasadas a los derechos humanos, ya que la vasta mayoría de los individuos sobre los que interesa tener información, prestan o prestaron servicios en alguna de estas agencias.¹⁸

Los problemas que se originan de las obstrucciones dentro de estas agencias generalmente se enmarcan en tres categorías. Primero, en los casos que involucran a miembros de las fuerzas armadas de Perú (que es la amplia mayoría de los casos), los fiscales e investigadores no cuentan con la información clave para identificar a los responsables por las violaciones de los derechos humanos. El Ministerio Público busca generalmente los siguientes tipos de información: los nombres de los jefes de las bases militares que operaron en áreas bajo estado de sitio; los nombres del personal que trabajó en esas bases militares, así como los informes de servicio, evaluaciones anuales y para promover; documentos que hacen referencia a operaciones militares, despachos de patrullas militares, listas de detenidos; y manuales, directrices, reportes de inteligencia y otros documentos elaborados para orientar la conducta en las operaciones de contrainsurgencia. Segundo, cuando la identidad de los sospechosos puede ser establecida, los jueces y fiscales se enfrentan a atrasos y obstrucciones innecesarias para recibir las declaraciones del acusado. Finalmente, cuando se reciben respuestas, son generalmente “insatisfactorias” puesto que son innecesariamente lentas, incompletas o denegadas por motivos poco convincentes (DEFENSORÍA DEL PUEBLO (PERÚ), 2005, p. 149).

Según el Fiscal Coordinador de las Fiscalías Superiores y Penales, Víctor Cubas Villanueva, el principal motivo para que estos casos sobre derechos humanos en investigación sean descartados, se debe a que no hay suficiente información que podría permitir la identificación de los presuntos responsables. El fiscal alegó que la falta de información resulta directamente de la negativa permanente de parte de las Fuerzas Armadas y del Ministerio de Defensa a proporcionar tal información a los investigadores, o de la afirmación de que tal información no existe.¹⁹ En el esfuerzo por resolver este impasse, en dos ocasiones se crearon comisiones formadas por representantes del Ministerio Público, del Ministerio de Defensa, y de la Defensoría del Pueblo, pero esto no representó ningún cambio en la práctica.²⁰

Una serie de informes publicados por la Defensoría del Pueblo destacan que en la mayoría de los casos, los pedidos de información sobre el personal militar o policial involucrado en denuncias de violaciones a los derechos humanos, no fueron recibidos en el tiempo necesario o se le informó a los jueces “que...ellos no tienen esa información o archivos o que fueron quemados o destruidos” (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2004, p. 85). Argumentos similares son frecuentemente usados para negar el acceso a la información relativa a violaciones a los derechos humanos a pesar de que existe una serie de barreras legales para evitar tal comportamiento. Esto incluye la Ley de Defensa, Conservación, e Incremento del Patrimonio Documental de la Nación de 1972 y la Ley de Sistema Nacional de Archivos de 1991.²¹

Los efectos de esta obstrucción fueron confirmados en varias entrevistas con fiscales estatales que investigan casos de derechos humanos, principalmente en Lima y Ayacucho, llevadas a cabo por la autora principal durante varios años. Su imposibilidad de acceder a información sobre quién estaba destinado en qué batallón, o para obtener información específica sobre instrucciones de los operativos

militares u órdenes, ha obstaculizado seriamente la capacidad de los fiscales para identificar a los presuntos responsables y resultó en la desestimación de casos. En una entrevista, un fiscal del gobierno mostró a la autora principal una pila de fojas de servicio, o archivos personales del personal militar bajo investigación por violaciones de derechos humanos. Durante el gobierno de Toledo, dichos formularios se proporcionaban frecuentemente a los investigadores que los solicitaban, lo que les permitió comenzar la ardua tarea de intentar reconstruir las cadenas de mando, identificar qué personal militar participó en operativos específicos o fueron destinados a alguna base militar específica, etc. Sin embargo, desde 2006 en adelante –coincidiendo con el retiro del apoyo gubernamental para las investigaciones penales sobre violaciones pasadas a los derechos humanos– incluso estos documentos les fueron negados a los investigadores.

El caso de 1984 de 123 campesinos asesinados en Putis, en la región de Ayacucho, ayudó a demostrar la naturaleza de la obstrucción del acceso a la información y sus implicaciones sobre los juicios de graves violaciones de derechos humanos en el Perú. Los jueces han sido repetidamente informados que no existe información sobre los individuos que prestaron servicios en la unidad de la Armada que se investiga: “no existe documentación alguna que permita identificar al personal militar que prestó servicios en la Base Militar de Putis” (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2008, p. 138). Como resultado –y a pesar de la laboriosa recolección de evidencia forense y de testimonios de testigos y familiares (el equipo de antropología forense de Perú recuperó 92 cuerpos de fosas clandestinas en Putis)– este caso se mantuvo en una etapa preliminar de investigación por más de diez años. Aunque el Ministerio Público emitió una acusación formal sobre este caso en noviembre de 2011, aún no fue establecida la fecha del juicio. Los acusados son oficiales de alto rango que están siendo acusados como autores intelectuales del crimen; los autores materiales aún no han sido identificados. El Ministerio de Defensa continúa afirmando que no existe información sobre este caso o sobre aquellos que pudieran haber participado en el mismo. En 2009, el entonces Ministro de la Defensa Rafael Rey Rey afirmó que tanto el cómo su predecesor, Antero Flores Aráoz, buscaron activamente información sobre el caso de Putis pero no obtuvieron resultados; sin embargo, el ministro nunca ofreció evidencia de tal investigación, sobre cómo fue realizada ni ninguna conclusión específica.²²

Sin embargo, en 2010, las Armada peruana produjo un documento titulado “En honor a la Verdad”, que entre otras cosas, incluye referencias a documentos tales como estudios militares y criterios para operativos de contrainsurgencia, informes militares anuales, reportes de inteligencia y archivos del personal. En este informe, el Comité permanente de Historia Militar cita documentos del Archivo Central de la Armada, tales como informes anuales que registran operativos, e información sobre el personal de la armada que trabajó durante dicho período, cuyos testimonios son parte de la publicación. Muchos de estos documentos son del mismo tipo de los que han sido solicitados reiteradamente por investigadores, abogados de derechos humanos, jueces y fiscales, y que continúan siendo negados. La cita de tal documentación contradice las repetidas argumentaciones del Ministerio de Defensa que niega la existencia de dicha información o que afirma que la misma se perdió

o que fue destruida (ASOCIACIÓN PRO-DERECHOS HUMANOS, 2012, 2012).

Es frecuente que el Estado niegue dar la información solicitada alegando que no existen archivos, Sin embargo, dichas respuestas no cumplen con las obligaciones legales del Estado de realizar una investigación exhaustiva e independiente frente a la supuesta destrucción de archivos, de hacer públicos los hallazgos de dicha investigación y de sancionar a los responsables de la destrucción ilegal de archivos; y de adoptar medidas concretas para recuperar o reproducir documentos relevantes y rendir detallada cuenta de las medidas desarrolladas para tal fin.²³

La Defensoría del Pueblo ha documentado numerosos casos que no han podido avanzar, debido a la negativa de parte de las autoridades militares de brindar información, y que aún no fueron a juicio. Por ejemplo, la desaparición del activista de derechos humanos Ángel Escobar, que está bajo investigación desde octubre de 2002, aún no fue llevada a juicio. Escobar fue detenido en la base militar de Huancavelica, pero no se brindó información a los fiscales sobre la identidad de aquellos que estaban destinados en la base; y consecuentemente el caso no ha progresado (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2008, p. 160). En el caso de la masacre de 1990 de 16 campesinos en Chumbivilcas, la información requerida sobre la patrulla militar en funciones en la región en el momento de la masacre, fue negada por oficiales militares; este caso está bajo investigación desde Febrero de 2004 (DEFENSORIA DEL PUEBLO, 2008, p. 156).

Otro ejemplo ilustra el desafortunado patrón de desestimación de casos de violaciones de derechos humanos debido a la imposibilidad de los fiscales de acceder a la información necesaria. En junio de 1988, cinco hombres fueron detenidos (en circunstancias individuales) y posteriormente fueron encontrados muertos por sus familiares. Sus cuerpos mostraban signos de lesiones de proyectiles - heridas de balas - que indicaban que habían sido ejecutados, lo que apuntaba a la implicación de operativos coordinados desde la base local de Churcampa. Sin embargo, en marzo de 2012 los investigadores del Ministerio Público decidieron desestimar el caso, ya que el Ministerio de Defensa no brindó la información necesaria, y no se pudieron determinar las identidades de los individuos involucrados (ASOCIACIÓN PRO-DERECHOS HUMANOS, 2012).

Cuando los jueces y fiscales reciben respuestas a las solicitudes de información, las respuestas suelen ser insatisfactorias. Tales respuestas en general se refieren a solicitudes de documentos de comunicación y transcripciones, así como a documentos procesales e históricos pertenecientes a actos, más que sobre identidad del personal (aunque como se mencionó anteriormente, se presentan las mismas excusas para todas las negativas). Muchas negativas de brindar información sobre individuos en particular o patrullas, se justifican argumentando que los archivos relevantes fueron destruidos “en cumplimiento con la regulación” (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2005, p. 149). Más allá de que lleva a uno a preguntarse qué pruebas indican que los documentos en cuestión fueron de hecho destruidos (y por qué nunca fueron provistos), la Defensoría del Pueblo diseñó un marco regulatorio que prohíbe expresamente la destrucción de tales registros (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2005, p. 149). Por lo tanto, está claro que los fiscales deben pelear por cada pieza de información, ya sea información para identificar a personas clave

en el caso, declaraciones en nombre del acusado, o informaciones que clarifiquen actividades desarrolladas por un individuo en particular o por una patrulla - en todas las etapas de la investigación y juicio.

Los argumentos que afirman que todos los documentos fueron incinerados se demuestran falsos. Abogados y fiscales han confirmado en entrevistas dadas a la autora principal que en numerosas ocasiones, oficiales militares en juicio se presentan ante el tribunal con documentos militares, incluyendo sus archivos personales. Una jueza explicó que un caso que ella estaba investigando, el caso Chilliutira de 1991, sobre la ejecución extrajudicial de cuatro personas que estaban siendo transferidas a una base militar en Puno. El tribunal solicitó información sobre el caso a la oficina de un inspector militar que había registrado el crimen en 1992. Las autoridades militares se negaron a proporcionar los documentos o los nombres de aquellos que fueron sancionados en la base en ese momento, diciendo que tal información no estaba disponible. Sin embargo, la jueza observó que los acusados en el caso presentaron ante el tribunal sus fojas de servicio, como parte de su defensa.²⁴

El propio Ejército Peruano hizo referencia a numerosos documentos que podrían ser de utilidad para los investigadores en su informe “En honor a la verdad”, incluyendo informes militares anuales, informes sobre operaciones militares específicas, y notas de inteligencia, entre otros. Tales afirmaciones de que los archivos fueron destruidos, revela la intención subyacente de obstruir el acceso a la información en casos de graves violaciones a los derechos humanos. Es curioso que en lugar de citar la prerrogativa de información clasificada en base a la seguridad nacional, el Ministerio de Defensa argumenta frecuentemente que la información requerida no existe o que ha sido destruida.

Finalmente, otro ejemplo sobre la obstrucción del acceso a la información pública en Perú, incluye un decreto legislativo adoptado en Diciembre de 2012. El Decreto Ley 1129 contiene un artículo (artículo 12) que niega el acceso público a cualquier información pertinente a la seguridad y defensa nacional. Esto es un hecho preocupante por varios motivos. Primero, mientras que la Ley de Transparencia de 2002 tiene cláusulas para eximir a cierta información vinculada con la seguridad nacional y la defensa, tales exenciones deberían ser la excepción a la regla. El Decreto de 2012, sin embargo, establece la confidencialidad general para la información relacionada a la seguridad nacional y defensa, sin limitaciones. En otras palabras, el secreto es ahora la regla, y no se esperan excepciones.²⁵

Una segunda preocupación se refiere a la aplicación del secreto para temas de seguridad nacional y defensa. Según el Instituto Prensa y Sociedad, el decreto establece “una obligación de confidencialidad sobre la información que es secreta bajo el artículo 12, para *cualquier persona* que acceda a esta información a través del ejercicio de sus deberes o de su cargo” (INSTITUTO PRENSA Y SOCIEDAD. 2012, énfasis de los autores).²⁶ En otras palabras, desde que no se especifique que los “deberes o cargos” se refieren a los que son ejercidos a servicio del Estado, cualquier persona, incluso periodistas o sociedad civil, podría ser acusada por revelar secretos nacionales en el ejercicio de su trabajo. El castigo para tales acciones podría implicar hasta 15 años de prisión.

Las normas contenidas en este complejo decreto dan la espalda al compromiso peruano con la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte interamericana y la propia constitución peruana y la Ley de Transparencia, siendo que todas tienen una postura de apertura. La Corte Interamericana ha articulado el principio de “máxima divulgación” que establece la presunción de que toda la información manejada por autoridades públicas debería estar accesible, con algunas pocas excepciones (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006). Aún más, en el caso de *Mark Chang vs. Guatemala*, la Corte Interamericana falló que en casos de graves violaciones a los derechos humanos, la información no puede ser retenida por motivos de seguridad nacional. El decreto 1129 claramente viola tanto el principio de máxima divulgación y como el de no excepción para casos de graves abusos a los derechos humanos.

De acuerdo al artículo 15 de la Ley de Transparencia Peruana de 2002, las decisiones sobre si divulgar información pertinente a la defensa o seguridad nacional deben ser tomadas en base a cada caso, la información clasificada está sujeta a un período limitado (cinco años), y en el supuesto de que la información no se ajuste a las orientaciones específicas que permiten el secreto, entonces deben ser divulgadas. Ahora, en lugar de mantener el acceso abierto como regla (algo por lo que Perú ha peleado para conseguir) el nuevo decreto establece el secreto como la base y elimina las excepciones. Esta nueva norma, combinada con la amenaza de sanciones penales a periodistas (y otros) que busquen acceder a determinada información, claramente busca eximir a los sectores de defensa y seguridad de la transparencia, e ilustra claramente el esfuerzo del Estado peruano por obstruir el acceso a la información en casos de abuso a los derechos humanos así como en otras áreas, tales como el sector de compras militares.

6 Conclusiones

Mientras que la Ley de Transparencia de Perú ha estado vigente por una década, la situación concerniente al acceso a la información descrita en este artículo demuestra que la “cultura de transparencia” que la ley esperaba establecer está lejos de la realidad. Y a pesar del impresionante progreso en algunos frentes (es decir, la vuelta del país a la democracia, el restablecimiento de elecciones libres y justas, y que por primera vez se hiciera un juicio nacional a un presidente democráticamente electo por violaciones a los derechos humanos), muchas agencias gubernamentales y muchas operaciones, aún funcionan bajo el velo del secreto.

En el caso de los juicios exitosos, es importante señalar que la información oficial se obtiene generalmente a través de medios alternativos a los canales oficiales. Por ejemplo, en el caso de las investigaciones sobre el Grupo Colina, una unidad militar que fue responsable por la matanza de 50 personas al estilo escuadrón de la muerte durante 1991 y 1992, las Fuerzas Armadas no colaboraron con la divulgación de los documentos, incluso cuando fueron requeridos por los fiscales.²⁷ En respuesta, en 2002, la jueza Victoria Sánchez, siguiendo una pista anónima sobre la localización de documentos pertinentes a las actividades del Grupo Colina,

realizó una visita no anunciada a la sede de la Comandancia General del Ejército y a las oficinas del Servicio Nacional de Inteligencia y se apoderó de los archivos que consideraba esenciales para su investigación.²⁸

Gracias a estos documentos, que incluían órdenes referentes a la transferencia de personal, logística y pagos –así como información provista por tres oficiales de rango medio que participaron en las operaciones del Grupo Colina y que cambiaron evidencia del Estado²⁹– las autoridades legales pudieron determinar que el Grupo Colina fue parte de la estructura militar formal y que dependía funcionalmente del SIN; pudieron reconstruir su estructura organizativa; y documentar sus operaciones en un período de dos años. La extensa evidencia documental en este caso fue crucial en las condenas de varios autores materiales e intelectuales de la masacre de Barrios Altos y de las desapariciones de la Universidad de La Cantuta, incluyendo entre otros, al ex jefe de la armada General Nicolás Hermoza Ríos, al ex jefe de espionaje Vladimiro Montesinos, al ex jefe del SIN General Julio Salazar Monroe y finalmente ex presidente Fujimori³⁰ (es notable cómo las Fuerzas Armadas Peruanas continuaron negando la existencia del Grupo Colina incluso después de estas personas fueron condenadas).

Tales experiencias no deben repetirse. Fueron coyunturales en un momento político particular, donde un nuevo gobierno de transición se comprometió con la investigación del mal accionar del gobierno anterior. Aún más, como la jueza Sánchez señaló, el Ministro de Defensa era un civil y apoyaba sus acciones. Además, en ese momento histórico, las fuerzas armadas estaban debilitadas debido a la desaprobación pública por su cercanía al gobierno de Fujimori y a las acusaciones de corrupción. De alguna forma, las fuerzas armadas encontraron un nuevo motivo para reagruparse y reafirmar su identidad institucional, para proteger su auto-comprensión como los “salvadores” de la nación peruana frente a la amenaza terrorista, y para proteger a ciertos oficiales que actualmente están condenados por violaciones a los derechos humanos. De hecho, desde 2002, no se realizó ninguna acción similar como tentativa de medir evidencias documentales. Mucho más frecuente es que los jueces soliciten información en el marco de las investigaciones en curso, pero esta información no les es provista o por lo menos no es brindada íntegramente.

Es también importante señalar que la capacidad de los investigadores, jueces y el público en general para acceder a la información es afectada por la falta de centralización institucional y por la falta de exigibilidad del derecho. En este ámbito, Perú podría aprender del sistema mexicano LDI, que fue establecido en 2002. México desarrolló dos ventajas importantes en su sistema. Primero, la legislación creó una interfaz simplificada y centralizada – Infomex.org – donde los ciudadanos y grupos pueden solicitar información y hacer pedidos a las agencias relevantes. Segundo, el Instituto Federal para el Acceso a la Información (IFAI, que administra Infomex.org) es una agencia independiente dentro de la administración pública federal que sirve para resolver demandas; capacita a funcionarios públicos y a la sociedad civil sobre LDI; monitorea el cumplimiento; promueve e instruye a los ciudadanos y grupos sobre cómo acceder a la información.

IFAI tiene un buen historial de seguimiento de demandas y solicitudes por

denegaciones iniciales. El personal de IFAI y los funcionarios son generalmente accesibles y son vistos como comprometidos con el fomento de un ambiente de transparencia (SOBEL et al., 2006). El diseño y proceso presupuestario de la institución vis-a-vis las ramas ejecutiva y legislativas del gobierno, le brindan un alto grado de autonomía. IFAI también capacita a funcionarios públicos sobre la legislación y regulaciones de LDI para la transparencia; sobre cómo ofrecer anticipadamente acceso a la información; y cómo responder a las demandas presentadas por ciudadanos y sociedad civil. Adicionalmente, IFAI juzga las negativas de las agencias a brindar información y es responsable por garantizar que la información cubierta por la legislación sea provista por la agencia responsable.

IFAI no tiene la capacidad para hacer cumplir sus órdenes de transparencia, aunque ha conseguido que las agencias brinden la información requerida en la mayoría de los casos (SOBEL et al. 2006). Los pedidos de información cuya divulgación no puede ser garantizada por el IFAI, deben ser remitidos al Ministerio como casos de no cumplimiento. En 2005, sólo cinco casos fueron remitidos (OPEN SOCIETY JUSTICE INICIATIVE, 2006). Una institución similar en Perú podría ayudar a la creación de una cultura de transparencia de modo que los órganos del gobierno brinden acceso de forma regular a la información pública.

Sin embargo, incluso una institución independiente y capaz del tipo de la mexicana IFAI, podría tener problemas para superar el mayor obstáculo que enfrenta el acceso a la información en los casos de derechos humanos en Perú – que es la falta de voluntad política. Los retos para el acceso público a la información, descritos en este trabajo, son numerosos. Además de la obstrucción en varios niveles de gobierno, en las agencias clave que retienen información importante ante el pedido de jueces y fiscales, el acceso a la información en Perú se ve paralizado por una miríada de restricciones burocráticas y presupuestarias. No obstante, el principal desafío que resiste al establecimiento de una cultura más amplia de transparencia y al uso de información gubernamental relevante en los casos de derechos humanos específicamente, se refiere a la voluntad política. En un estudio comparativo sobre los obstáculos para implementar esquemas de libertad de información en América Latina, el Centro de Archivo y Acceso a la Información Pública (CAinfo) señaló que mientras que:

[...]buena parte de las autoridades políticas y funcionarios públicos en Perú consideran que la transparencia es una parte simple de sus deberes y no una carga o una complicación [...] la implementación de un sistema profesional de archivo se ve obstaculizado por [...] una atmósfera cultural resistente a esta institución dentro de los sectores militares y policiales.

(CAinfo, 2011, p.55).

Mientras que escapa al alcance del presente trabajo examinar en su totalidad las dinámicas políticas en juego, es importante señalar que con la elección de 2006 de Alan García para un segundo mandato presidencial, se forjó una alianza entre García y sus colaboradores más próximos y sectores de las Fuerzas Armadas que tienen un interés mutuo en garantizar la impunidad con relación a las violaciones

a los derechos humanos. Durante el primer gobierno de Alan García (1985-1990) ocurrieron violaciones masivas a los derechos humanos y no es inconcebible que tal vez un día él sea responsabilizado por innumerables crímenes, tales como la masacre del Frontón de 1986, la masacre de Cayara de 1988, o la serie de asesinatos de líderes opositores durante los últimos años de la década de 1980 en manos del Comando Rodrigo Franco, un grupo paramilitar que operaba presuntamente dentro del Ministerio del Interior, y bajo los auspicios de su colaborador político cercano, el entonces ministro del interior, Agustín Mantilla³¹ (Miembros del Partido PARA que supuestamente también hizo parte de estas operaciones). En la carrera presidencial de 2006, García eligió como su vicepresidente al almirante retirado Luis Giampetri, quien condujo los esfuerzos por la recuperación del control gubernamental sobre la prisión de Frontón en 1986. Giampetri fue un poderoso defensor de los militares durante su mandato como vicepresidente. Durante el gobierno de García, el Estado estableció la política de financiar la defensa de los oficiales acusados en casos de violación a los derechos humanos, a pesar de que a menudo las víctimas no tenían representación, poniéndolas en una seria desventaja.

Se hicieron muchos esfuerzos para evitar futuros juicios por derechos humanos, durante el gobierno de García. En 2008, se hicieron dos propuestas de ley que irían a garantizar la amnistía de los agentes estatales acusados de violaciones a los derechos humanos, aunque ninguna de las dos fueron aprobadas. En 2010, el decreto ley presidencial (DL 1097) equivalió a una amnistía general, pero enfrentó la oposición masiva nacional e internacional y fue oportunamente revocado. Sin embargo, los representantes del gobierno, desde el Ejecutivo hasta el Ministerio de Defensa, frecuente y abiertamente atacaron a las organizaciones de derechos humanos que representaban a las víctimas de los casos, y las acusaban, así como a jueces y fiscales, de estar involucrados en la “persecución política” de las fuerzas armadas. En tal clima, es evidente que estas fuerzas en juego socavaban los esfuerzos de las víctimas, abogados, fiscales y jueces para tener acceso a la información pública sobre las violaciones a los derechos humanos en el pasado.

Mientras que el discurso público sobre estos temas bajó el tono desde la elección de Ollanta Humala como presidente, su propia posición como ex oficial militar, que una vez enfrentó cargos por violación a los derechos humanos (los cargos fueron levantados una vez que los testigos retiraron sus testimonios) llevó a una gran especulación sobre qué podría esperarse durante su gobierno. Por un lado, su gobierno ha abrazado vigorosamente iniciativas tales como la Iniciativa de Gobierno Abierto, que es vista positivamente por los defensores del derecho a la información, pero a la vez un decreto ley como el 1129, anteriormente debatido, revela que los viejos hábitos tardan en morir. La cultura del secreto que subyace a la impunidad en Perú y en otros lugares de la región, continúa siendo un desafío complejo para el derecho a la información y para una más amplia serie de derechos que este derecho busca facilitar, incluyendo el derecho a la verdad y el derecho a la justicia.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- ACKERMAN, John; SANDOVAL-BALLESTEROS, Irma. 2006. The global explosion of freedom of information laws. *Administrative Law Review*, v. 58, no. 1, p. 85-130, winter 2006.
- AMBOS, Kai. 2011. The Fujimori Judgment. *Journal of International Criminal Justice*, v. 9, no. 1, p. 137-158, Mar.
- ASOCIACIÓN PRO-DERECHOS HUMANOS (APRODEH). 2012. **Access to information in the investigation of Cases of Grave Human Rights Violations in Peru**. Audience of the 144th Period of Ordinary Sessions, Inter-American Commission on Human Rights. 2012. 26 Mar.
- BANISAR, David. 2006. **Freedom of Information and Access to Government Record Laws around the World**, 30 November. Disponible en: <<http://freedominfo.org/regions/latin-america/peru/>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- BURT, Jo-Marie. 2009. Guilty as charged: the trial of former President Alberto Fujimori for grave violations of rights human. *International Journal of Transitional Justice*, v. 3, no. 3, p. 384-405.
- _____. 2014 (forthcoming). "Rethinking Transitional Justice: The Paradoxes of Accountability Efforts in Postwar Peru." In *Embracing Paradox: Human Rights in the Global Age*, Edited by Steven J. Stern and Scott Strauss (Madison: University of Wisconsin Press).
- CENTRO DE ARCHIVOS Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA (CAinfo). 2011. **Venciendo la cultura de secreto: obstáculos en la implementación de políticas y normas de acceso a la información pública en siete países de América Latina**. Montevideo, Uruguay. Disponible en: <www.adc.org.ar/download.php?fileId=630>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- COLLINS, Cath, BALARDINI, Lorena; BURT, Jo-Marie. 2013. Mapping perpetrator prosecutions in Latin America. *International Journal of Transitional Justice*, v. 7, n. 1, p. 8-28.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO (PERÚ). 2004. **A un año de la Comisión de la Verdad y Reconciliación**. Informe Defensorial n. 86. Lima, Perú: Defensoría del Pueblo, 2004.
- _____. 2005. **A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación**. Informe Defensorial n. 97. Lima, Perú: Defensoría del Pueblo, 2005.
- _____. 2006. **El difícil camino de la reconciliación: justicia y reparación para las víctimas de la violencia**. Informe Defensorial n. 112. Lima, Perú: Defensoría del Pueblo, 2006.
- _____. 2007. **El Estado frente a las víctimas de la violencia: ¿Hacia dónde vamos en políticas de reparación y justicia?** Informe Defensorial n. 128. Lima, Perú: Defensoría del Pueblo, 2007.
- _____. 2008. **A cinco años de los procesos de reparación y justicia en el Perú: balance y desafíos de una tarea pendiente**. Informe Defensorial no. 139. Lima, Perú: Defensoría del Pueblo, 2008.

- _____. 2011. **La actuación del Poder Judicial en el marco del proceso de judicialización de graves violaciones a derechos humanos**. Informe de Adjuntía no. 004-2011-DP/ADHPD. Lima, Perú: Defensoría del Pueblo, 2011.
- LA REPÚBLICA. 2008. **Ejército no apoyó investigación a Colina**. Perú, 07 oct. 2008. Disponible en: <<http://www.larepublica.pe/07-10-2008/ejercito-no-apoyo-investigacion-colina>>. Visitado el: 10 Mar. 2013.
- INTER-AMERICAN DIALOGUE. 2004. **Access to Information in the Americas: a Project of the Inter-American Dialogue**, Conference Report. Disponible en: <<http://www.thedialogue.org/PublicationFiles/Access%20Report.pdf>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- INSTITUTO PRENSA Y SOCIEDAD. 2012. **Comunicqué, December 10**. Disponible en: <<http://www.ipys.org/comunicado/1478>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- LA REPÚBLICA. 2008. **Ejército no apoyó investigación a Colina**. Lima, Perú, 07 oct. 2008. Disponible en: <<http://www.larepublica.pe/07-10-2008/ejercito-no-apoyo-investigacion-colina>>. Visitado el: 10 Mar. 2013.
- MENDEL, Toby. 2008. **Freedom of Information: a comparative legal survey**. United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization. Disponible en: <http://portal.unesco.org/ci/en/files/26159/12054862803freedom_information_en.pdf/freedom_information_en.pdf>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 2009. **Right to information in Latin America: a comparative legal survey**. United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization (UNESCO). Disponible en: <<http://www.unesco.org/new/en/communication-and-information/resources/publications-and-communication-materials/publications/full-list/the-right-to-information-in-latin-america-a-comparative-legal-survey/>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- MICHENER, Robert Gregory. 2010. **The surrender of secrecy: explaining the emergence of strong access to public information laws in Latin America**. Thesis (PhD) – University of Texas at Austin University of Texas at Austin (UTexas), United States. Disponible en: <<http://gregmichener.com/Dissertation.html>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE. 2006. **Transparency and silence: a survey of access to information laws and practices in 14 countries**. Disponible en: <http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/transparency_20060928.pdf>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 2009. **Litigation Claude Reyes v. Chile**. Democracy Demands “Maximum Disclosure” of Information. 20 April. Disponible en: <<http://www.opensocietyfoundations.org/litigation/claude-reyes-v-chile>>. Visitado en: 01 Mar. 2013.
- _____. 2010. **Litigation Gomes Lund v. Brazil**. Brazil Fails to Prevent Impunity, Guarantee Right to Truth and Information. 1 December. Disponible en: <<http://www.opensocietyfoundations.org/litigation/gomes-lund-v-brazil>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- PERÚ. 1972. **Decreto Ley N° 19414**. Ley de Defensa, Conservación e Incremento del Patrimonio Documental de la Nación. 16 de mayo. Disponible en: <<http://www>>.

- datosperu.org/tb-normas-legales-oficiales-2008-Mayo-21-05-2008-pagina-37.php>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 1991. **Ley N° 25323**, Ley del Sistema Nacional de Archivos. 11 de jun. Disponible en: <<http://www.datosperu.org/tb-normas-legales-oficiales-2000-Marzo-30-03-2000-pagina-35.php>>. Visitado en: 01 Mar. 2013.
- _____. Constitución [1993]. 2005. **Constitución Política del Perú 1993 con reformas hasta 2005 = Political Constitution of Peru 1993 with reforms until 2005**. Disponible en: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Peru/per93reforms05.html#titIcapI>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 2003. Ley N° 27806. Ley de transparencia y acceso a la información pública. **El Peruano**, Normas legales, p. 249373-4, Lima, jueves 7 de ago. Disponible en: <http://www.peru.gob.pe/normas/docs/LEY_27806.pdf>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 2010. Decreto Ley N° 1097. Regula la aplicación de normas procesales por delitos que implican violación de derechos humanos. **El Peruano**, Normas e Reglamentos, Lima, p. 424816-17. Disponible en: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/DecretosLegislativos/01097.pdf>>. Visitado el: 01 Mar. 2013
- _____. 2011. Ministry of Defense. Resolución Ministerial 392-2011 DE/SG del 28. Directiva General MN-008-2011MDSG-UAIP. **Procedimientos para el acceso, clasificación, reclasificación, desclasificación, Archivo y conservación de la información del sector defensa**. April 2011.
- _____. 2013. **Decreto Ley N° 1129**. Regula el Sistema de Defensa Nacional. **El Peruano**, Normas y Reglamentos, Lima, p. 492103-4, jueves 4 de abril. Disponible en: <[http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00402.htm/a%C3%B1o360760.htm/mes382638.htm/dia382977.htm/sector382982/sumilla382985.htm?f=templates\\$fn=document-frame.htm\\$3.0#JD_DLEG1129](http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00402.htm/a%C3%B1o360760.htm/mes382638.htm/dia382977.htm/sector382982/sumilla382985.htm?f=templates$fn=document-frame.htm$3.0#JD_DLEG1129)>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- PERUVIAN TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION. 2003. **Final report**. Disponible en: <<http://www.cverdad.org.pe/ingles/ifinal/index.php>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- RIVERA PAZ, Carlos. 2009. Los jefes no son responsables: Sala Penal Nacional emite vergonzosa sentencia en caso “Los Laureles”. **Revista Ideéle**, Lima, Perú, n. 199. Disponible en: <<http://www.revistaideele.com/archivo/node/553>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 2012. **La sentencia del caso Barrios Altos: el nuevo instrumento de la impunidad**, Lima, July 23. Disponible en: <<http://carlosrivera.lamula.pe/2012/07/23/la-sentencia-del-caso-barrios-altos-el-nuevo-instrumento-de-la-impunidad/carlosrivera>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- ROBERTS, Alasdair. 2001. Structural pluralism and the right to information. **University of Toronto Law Journal**, v. 51, n. 3, p. 243-271.
- SOBEL, David L. et al. 2006. **The Federal Institute for Access to Information in Mexico and a Culture of Transparency**. Project for Global Communication Studies at the Annenberg School for Communication at the University of Pennsylvania. A report for the William and Flora Hewlett Foundation. Philadelphia, PA: Annbenberg School for Communication at the University of Pennsylvania.

THE GLOBAL NETWORK OF FREEDOM OF INFORMATION ADVOCATES.

2011. **President Rouseff Signs Access to Information Law.** 21 November.

Disponible en: <<http://www.freedominfo.org/2011/11/president-rousseff-signs-access-to-information-law/>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.

TORRES, Natalia. 2011. **El Salvador joins the list of FOI countries.** 11 Mar. 2011.

Disponible en: <<http://www.freedominfo.org/2011/03/el-salvador-joins-the-list-of-foi-countries/>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.

Jurisprudencia

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (IACHR). 2003. **Case of Mack Chang v. Guatemala**, Judgement of November 25.

_____. 2006. **Case of Claude Reyes v. Chile**, Judgment of September 19.

_____. 2010. **Case of Gomes Lund v. Brazil (Guerrilha do Araguaia)**, Judgement of November 24.

NOTAS

1. Este artículo se enfoca en las violaciones a los derechos humanos por actores estatales, los que según la Comisión de Verdad y Reconciliación de Perú constituyen aproximadamente 37% del total de las fatalidades ocurridas durante los 20 años del conflicto armado interno. Los juicios a los miembros de los dos grupos insurgentes, Sendero Luminoso y MRTA, no son pasibles de los mismos tipos de pedidos de acceso a información oficial, ya que los autores son actores no estatales. Cientos de miembros de Sendero Luminoso y MRTA, incluyendo los principales líderes de ambas organizaciones, han sido enjuiciados y están actualmente cumpliendo con condenas de prisión de duración variada. Los líderes recibieron sentencias de prisión perpetua.

2. Este proyecto se desarrolló junto y recibió insumos de proyectos similares en Argentina y Chile, y está más elaborado en: COLLINS; BALARDINI; BURT, 2013

3. Informes sobre observaciones a los juicios pueden verse en la página del proyecto, Proyecto Juicios por Derechos Humanos en Perú en: www.rightsperu.net. "Blog/Analysis".

4. Colombia fue el primer país en promulgar una legislación sobre LDI en América Latina en 1985.

5. Nota: Bolivia y Argentina emitieron decretos presidenciales con relación al acceso a la información en 2005 y 2003, respectivamente pero no tienen codificación legislativa o constitucional

6. La corte falló que la negativa del estado violaba

el derecho de las víctimas a la libertad de expresión bajo el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual Chile es signataria.

7. Disponible en: <<<http://www.opensocietyfoundations.org/litigation/claude-reyes-v-chile>>>. Visitado en: Mayo 2013.

8. Disponible en: <http://www.opensocietyfoundations.org/litigation/gomes-lund-v-brazil>>. Visitado en: Mayo 2013

9. Disponible en: <<http://www.cverdad.org.pe/ingles/ifinal/index.php>>. Visitado en: Mayo 2013.

10. Cf. Banisar (2006). Disponible en: <freedominfo.org/regions/latin-america/peru/>. Visitado en: Mayo 2013.

11. Nota de Prensa No. 012/2013/DP/OCII, "Organizaciones de la sociedad civil apoyan la creación de una institución garante en materia de transparencia y acceso a la información pública," Lima, 29 de enero de 2013. Disponible en: <<http://www.larepublica.pe/29-01-2013/apoyan-creacion-de-una-institucion-garante-en-materia-de-transparencia-y-acceso-la-informacion-publi>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.

12. Esta sección se fundamenta en una publicación previa (BURT,2009).

13. La afirmación por parte de estas cortes de que la desaparición forzada constituye un crimen contra la humanidad es de extrema importancia para los esfuerzos realizados en Perú para juzgar casos de derechos humanos. La mayoría

de las violaciones de derechos humanos, incluso ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de aproximadamente 15000 ciudadanos peruanos y el difundido uso de la tortura y la violencia sexual, ocurrieron hace 25 y 30 años atrás, durante los años de auge de la violencia entre 1983 y 1984, y luego nuevamente entre 1987 y 1990, cuando Perú obtuvo la dudosa distinción de poseer el record mundial de desapariciones forzadas según el Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas. Los acusados han intentado que se retiren los cargos contra ellos, afirmando que el plazo de prescripción se aplica en los casos que ocurrieron hace 25 o 30 años.

14. De estos 20 veredictos culpados, en nueve, todos los acusados fueron condenados, mientras que en once, por lo menos un acusado fue condenado y por lo menos uno absuelto >.

15. Nos referimos a sentencias desde que hubo fallos en algunos más de una vez, ya sea porque los diferentes acusados fueron juzgados separadamente o porque los nuevos juicios fueron ordenados por la Corte Suprema. Un total de sólo 38 casos de derechos humanos, recibieron sentencias. Una lista completa puede ser vista en la página del proyecto Juicios sobre Derechos Humanos en Perú. Disponible en: <http://rightsperu.net/index.php?option=com_content&view=category&layout=log&id=40&Itemid=58> Visitado en: Mar. 2013.

16. Datos compilados por la autora para la base de datos del proyecto Juicios sobre Derechos Humanos en Perú. Datos actualizados hasta 1 de marzo de 2013.

17. Estos argumentos se encuentra más profundamente desarrollados en: BURT, 2014 (próxima publicación).

18. En los informes más recientes de la Defensoría del Pueblo de 2008, de 339 acusados que enfrentaron un juicio, 264 y 47 pertenecían a la Armada y a la Policía Nacional respectivamente. Datos recogidos de una investigación en curso identificaron más de 650 ex y actuales miembros de las fuerzas estatales de seguridad en investigación por violaciones a los derechos humanos.

19. Entrevista de la autora principal con Víctor Cubas Villanueva, Fiscal Superior Coordinador de las Fiscalías Penales Supraprovinciales, Ministerio Público, Lima, Julio 2010.

20. Según nuestro conocimiento, no existe ningún archivo público de la existencia de estas comisiones. Esta información se obtuvo a través de entrevistas realizadas por la autora principal con funcionarios de la Defensoría del Pueblo y de organizaciones de derechos humanos que conocían las comisiones. Una copia de uno de los informes de la comisión lo tiene la autora principal.

21. Disponible en <<http://www.datosperu.org/tb-normas-legales-oficiales-2008-Mayo-21-05-2008-pagina-37.php>> and <[\[normas-legales-oficiales-2000-Marzo-30-03-2000-pagina-35.php\]\(http://www.datosperu.org/tb-normas-legales-oficiales-2000-Marzo-30-03-2000-pagina-35.php\)>. Visitado en: Mayo 2013.](http://www.datosperu.org/tb-</p>
</div>
<div data-bbox=)

22. Afirmación del Ministro de la Defensa Rafael Rey Rey en respuesta al caso Putin. Radio Programa del Perú (RRP). 28 de septiembre de 2009. Disponible en: <http://www.rpp.com.pe/2009-09-28-rafael-rey-los-militares-no-tienen-una-proteccion-adeuada-noticia_211882.html>. Visitado el: Mayo 2013.

23. En *Claude Reyes vs. Chile*, la Corte interamericana reafirmó que el derecho al acceso a la información del Estado tiene tanto una dimensión individual como una colectiva, e impone deberes al Estado "[art.13] ampara el derecho que las personas a recibir información [del Estado] y la obligación positiva del Estado de suministrarla ... Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla ..." (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 2006. Series C No. 151, para. 77)

24. Entrevista de la autora principal con la Jueza Victoria Sánchez, Sala Penal Nacional, 18 de Enero de 2013.

25. La Defensoría del Pueblo presentó una petición cuestionando la constitucionalidad del artículo 12 del Decreto Ley 1129. Comunicación personal entre la autora principal y Fernando Castañedas de la Defensoría del Pueblo. 9 Abr. 2013.

26. Comunicado del Instituto Prensa y Sociedad, *Communiqué*, Diciembre 10, 2012. Disponible: <<http://www.ipys.org/comunicado/1478>>. Visitado en: Mayo

27. "Ejército no apoyó investigación a Colina," *La República*, October 7, 2008.

28. Entrevista de la autora con Juez Victoria Sanchez, Sala Penal Nacional, 18 de enero de 2013.

29. Uno de los colaboradores en el caso del Grupo Colina a cargo de la logística. Él brindó registros de vigilancia telefónica, recibos y registro de gastos, y otros documentos. Entrevista con la autora principal, Jueza Victoria Sanchez, Sala Penal Nacional, 19 de enero de 2013

30. Debido a motivos que continúan siendo poco claros, hasta el momento de redacción de este artículo, el caso contra Montesinos y Hermosa Ríos en el caso de las desapariciones de La Cantuta todavía no había pasado a la fase de juicio oral. Los dos fueron condenados en 2010 como autores intelectuales de la masacre de Barrios Altos, la desaparición de nueve campesinos de Santa, y el asesinato del periodista Pedro Yauri. La condena fue confirmada en apelación en 2013.

31. Este caso pasó a juicio público en 2013. Una acusación formal fue realizada en el caso de El Frontón, pero al momento de redacción de este artículo todavía no había pasado a juicio público.

ABSTRACT

The world has witnessed a dramatic number of laws protecting freedom of information (FOI) in recent years. This paper examines the role of FOI legislation in allowing society to address past atrocities as well as the obstacles they face in doing so. The experience of access to information in Peru is considered, along with recent obstructions to access and the response from investigators, judges, and civil society organizations.

KEYWORDS

Access to information – Human rights – Peru – Transitional justice – Accountability

RESUMO

Nos últimos anos houve um crescimento significativo de leis em todo o mundo que protegem a liberdade de informação (LDI). Este artigo estuda o papel das leis de LDI em possibilitar que as sociedades investiguem atrocidades cometidas no passado e os obstáculos que elas enfrentam para fazê-lo. O foco é a experiência do acesso à informação no Peru, assim como as recentes obstruções ao acesso e a resposta de investigadores, juízes e organizações da sociedade civil.

PALAVRAS-CHAVE

Acesso à informação – Direitos humanos – Peru – Justiça transicional – *Accountability*



MARISA VIEGAS E SILVA

Marisa Viegas e Silva es abogada y Magíster en Ciencias Políticas de la Universidad Federal de Pernambuco (2001), con especialización en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid, especialización en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Externado de Colombia (2007), Maestría (2008) y Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid (2011). Actualmente, trabaja como abogada en la ONG Justicia Global.

Email: marisa@global.org.br

RESUMEN

En 2006, se estableció en el seno de la ONU un Consejo de Derechos Humanos, en lugar de la Comisión de Derechos Humanos, que existía desde 1946. La creación de este nuevo órgano se justificó por la necesidad de combatir algunas debilidades que existían en la época de la Comisión, especialmente la excesiva “politización”, y por la necesidad de contar con un órgano que respondiera más ágilmente a las situaciones de violación de los derechos humanos. Este artículo busca analizar de forma crítica el impacto de los cambios incorporados en estos primeros años de funcionamiento, cuestionando también la validez de la politización como argumento para la extinción del principal órgano de defensa de los derechos humanos de la ONU. Este artículo se basa en las conclusiones de la tesis de doctorado de la autora sobre el mismo tema, defendida en diciembre de 2011 en la Universidad Carlos III de Madrid.

Original en portugués. Traducido por Maité Llanos.

Recibido en marzo de 2013. Aceptado en mayo de 2013.

PALABRAS CLAVE

Consejo de Derechos Humanos de la ONU – Sistemas Internacionales de Protección – Politización – Transición institucional



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

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

EL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: SEIS AÑOS DESPUES*

Marisa Viegas e Silva

1 Introducción

Como es de amplio conocimiento, en el año de 2006 fue realizada una importante reforma institucional en el ámbito del sistema de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas: la Comisión de Derechos Humanos fue extinta y en su lugar fue creado un Consejo de Derechos Humanos.

Durante sesenta años la Comisión de Derechos Humanos actuó como el órgano por excelencia para la defensa de los derechos humanos en el ámbito del sistema universal de protección. Era un órgano esencialmente político e intergubernamental, que ganó espacio y amplió sus funciones a lo largo de los años. Fue responsable por la creación de los principales tratados de derechos humanos (como, por ejemplo, la Declaración Universal) y en su seno se desarrollaron los mecanismos no convencionales de protección de derechos humanos: el procedimiento de denuncias 1503 y los procedimientos especiales (relatores especiales, grupos de trabajo, entre otros).

A pesar de los reconocidos méritos alcanzados por la Comisión durante su trayectoria, este órgano recibió muchas críticas en sus últimos años, principalmente referentes al exceso de interferencia política en la toma de decisiones, lo que es conocido en el lenguaje de la ONU como “politización”. Estas críticas tuvieron eco en el proceso de reforma de la ONU y en la necesidad de contar con un órgano que tuviera una mayor capacidad de reacción frente a las violaciones de los derechos humanos. En este contexto se dio, en el año de 2006, la substitución de la Comisión por un Consejo.

Los primeros años de funcionamiento del Consejo incluyeron una etapa inicial de construcción institucional, en donde se definieron los mecanismos

*El presente trabajo sintetizó las principales ideas desarrolladas en la tesis de doctorado “El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas”, defendida en la Universidad Carlos III de Madrid, España, en diciembre de 2011.

y procedimientos del nuevo sistema, fueron extintos y renovados los órganos subsidiarios, fueron examinados los mandatos de los relatores especiales y se instauró un nuevo procedimiento, el Examen Periódico Universal (EPU), frecuentemente anunciado como el gran diferencial del nuevo sistema. El documento resultante de este proceso de estructuración es la Resolución del Consejo de Derechos Humanos A/HRC/5/1, de 2007. Este documento, junto con la Resolución 60/251, de 2006, establece las bases para el accionar del órgano recién creado.

De acuerdo a la disposición de la Resolución 60/251, en el primer semestre de 2011, el Consejo se sometió a un doble proceso de evaluación, que incluyó una reflexión interna sobre su trabajo y funcionamiento durante sus cinco años de vida, así como una evaluación por parte de la Asamblea General sobre la pertinencia o no de elevar el status jurídico del Consejo a la condición de órgano subsidiario de la ONU.

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU mantuvo su sede en la ciudad de Ginebra, Suiza (en la misma sede de la Comisión), e inició sus actividades en el mismo año de su creación. Fue concebido con la tarea de consolidar un sistema de protección de los derechos humanos que tuviera como base los avances de la Comisión, pero que superara los problemas que esta padecía. Para tal fin, el Consejo se diferenció de la Comisión en los siguientes aspectos, entre otros:

- 1) En lo que respecta a su *estructura*, el Consejo pasó a ser un *órgano subsidiario de la Asamblea General* y ya no más del Consejo Económico y Social, como lo era su antecesora. Esta modificación está directamente relacionada a la reivindicación de un Consejo de Derechos Humanos como órgano principal de la ONU.
- 2) El Consejo comenzó a gozar de una *naturaleza semipermanente*, puesto que el período de sesiones ordinarias del órgano fue dividido, para que el Consejo se reuniera varias veces al año y no una vez solamente, como solía ser en el antiguo órgano. Así, el Consejo cuenta con tres períodos de sesiones ordinarias por año, con una duración total no inferior a diez semanas, y también está dotado de un mecanismo flexible para organizar sesiones fuera de los períodos regulares de encuentro. Esta medida responde a la reivindicación de un órgano que ofrezca respuestas más ágiles a las situaciones de violación de los derechos humanos;
- 3) El nuevo órgano también sufrió una *ligera modificación en el número de miembros que lo componen y en los criterios para su selección*. Se redujo el número de miembros del Consejo: pasó de los 53 que existían en la época de la Comisión a los 47 actuales. De igual forma, se estableció un sistema de elección directa, individual y secreta; se modificó el número de asientos por grupo regional; se restringió el número de reelecciones para evitar la existencia de miembros permanentes *de facto* como era común en la época de la Comisión; se promovió la presentación de promesas y compromisos voluntarios de campaña de los Estados candidatos; se estipuló la obligatoriedad del miembro del Consejo de presentarse con carácter prioritario al Examen Periódico Universal; y se introdujo la posibilidad de suspender a un Estado miembro en el caso de conducta grave violatoria de los derechos humanos.

- 4) Los órganos subsidiarios que existían en la época de la Comisión fueron extintos o renovados, destacándose la extinción del principal órgano de asesoría técnica de la Comisión de Derechos Humanos: la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos;
- 5) En el ámbito de los mecanismos no convencionales, la Resolución de la Asamblea General 60/251, que creó el Consejo, previó la revisión y perfeccionamiento del sistema de Procedimientos Especiales y del Procedimiento 1503 (o procedimiento de denuncias);
- 6) Con relación a las funciones del Consejo, éste mantiene básicamente el mismo mandato de la Comisión, que consistía en actividades de redacción, promoción y protección, con la diferencia del Examen Periódico Universal.
- 7) Finalmente, se instauró un mecanismo denominado Examen Periódico Universal, con el fin de realizar un examen sobre la situación de los derechos humanos de la totalidad de los Estados miembros de la ONU. Tal examen universal fue realizado en un período de cuatro años en el primer ciclo y, a partir del segundo ciclo, se prevé que se finalice al cabo de cuatro años y medio. El objetivo del examen es permitir un trato igualitario para los Estados y evitar la parcialidad en el momento de decidir de qué países el Consejo evaluará la situación de los derechos humanos, cuestión que está directamente relacionada al debate sobre el combate a la politización.

En este artículo no volveremos a los detalles de la ya tan debatida transición institucional Comisión/Consejo, sino que pasaremos directamente a la reflexión sobre el impacto de las modificaciones producidas por el Consejo en sus primeros años de actividad, para mostrar tanto *la fragilidad del argumento de la politización como justificación para la extinción de la Comisión, como la inadecuación de los remedios utilizados para alcanzar el objetivo propuesto de combatirla*. Pasemos a analizar las modificaciones presentadas.

2 Sobre la condición de órgano subsidiario de la Asamblea General

A pesar de que el Consejo de Derechos Humanos mantenga la misma naturaleza subsidiaria que caracterizaba a la Comisión de Derechos Humanos, con el objetivo de aumentar su legitimidad e importancia se optó por su creación como órgano subsidiario de la Asamblea General y no ya del Consejo Económico y Social. Aún si desde el punto meramente formal no ha ocurrido un cambio significativo en el status del nuevo órgano, desde una perspectiva política ese cambio si existió (BOYLE, 2009, p. 12).

Esto se debe al carácter que ostenta la Asamblea de ser el principal foro de la ONU, donde se encuentra representada la universalidad de sus miembros, lo que le dio una nueva visibilidad a los derechos humanos, cuestión esencial en el campo de su protección internacional. En tal sentido, el cambio de nombre de Comisión a Consejo fue una estrategia política y no simplemente nominal de aproximar el Consejo de Derechos Humanos al Consejo de Seguridad y al Consejo Económico y Social.

Es importante contextualizar el debate que reivindica al Consejo de Derechos Humanos como un órgano principal de las Naciones Unidas. Así, una parte central del impulso para la reforma de las instituciones de derechos humanos de la ONU puede ser atribuida a la creciente importancia que tales derechos fueron adquiriendo en la Organización a lo largo de décadas, hasta llegar al punto de ser reconocidos como uno de los pilares de la ONU, junto con el desarrollo y la seguridad. Siguiendo esta lógica, si los otros dos pilares cuentan con un Consejo propio (Consejo de Seguridad y Consejo Económico y Social), reconocidos en la Carta de San Francisco como órganos principales de la Organización, los derechos humanos deberían igualmente tener un Consejo, también con naturaleza de órgano principal.

En términos formales, es importante señalar que la Resolución 60/251, que creó el Consejo de Derechos Humanos, previó que tal carácter subsidiario sería evaluado al final de un ciclo de cinco años, con el objetivo de decidir sobre la elevación de su status a la de órgano principal. La dificultad de esta última opción se encuentra no únicamente en las consecuencias políticas de la decisión, sino también en las cuestiones formales, como la dificultad de modificar la Carta de las Naciones Unidas, condición indispensable para la creación de un nuevo órgano principal.

Con relación al status jurídico del Consejo, *la Asamblea General decidió mantenerlo como órgano subsidiario, previendo un nuevo debate en el futuro*, que deberá realizarse no antes de diez años ni después de quince años contados a partir de la revisión de 2011. A pesar de la coherencia incuestionable de la reivindicación para que, de la misma forma que desarrollo y seguridad, los derechos humanos cuenten con un órgano de carácter principal en la estructura organizativa de la ONU, en base al proceso de revisión de 2011 se puede afirmar que la posición de los diferentes Estados miembros de la ONU no evolucionó significativamente en los últimos años. En tal sentido, sin desconocer la importancia de dar a los derechos humanos el lugar institucional que les corresponde en el seno de la ONU, entendemos que desde un punto de vista práctico no es cierto que la elevación del status del Consejo a la condición de órgano principal de la Organización sea una cuestión crucial ni para el efectivo funcionamiento del órgano, ni para superar las debilidades que afectaban a su antecesora.

Si observamos el accionar de la Comisión de Derechos Humanos, en su calidad de órgano subsidiario del Consejo Económico y Social, podemos afirmar que fue un órgano bastante operativo y funcional, habiendo alcanzado muchos resultados relevantes a lo largo de sus sesenta años de existencia. Fueron tantos los resultados positivos alcanzados por la misma, que se generó un movimiento para debilitarla como sistema. En este contexto, la condición de órgano subsidiario de un órgano principal de la ONU no parece haber significado un obstáculo grave para el desempeño de sus funciones. Tampoco se puede afirmar que la elevación del Consejo a la condición de órgano principal ayudaría a alcanzar el objetivo anunciado por la reforma: el combate a la politización.

En sus primeras décadas de trabajo, como explica Alston, mientras ejerció una función más técnica y evitó decisiones políticas de mayor envergadura, la Comisión puede actuar sin la crítica de la politización. Con el paso del tiempo,

al ampliar sus funciones y aumentar el número de miembros, reflejando de forma más realista los juegos de poder y las tensiones del mundo internacional, los ataques comenzaron a llegar (ALSTON, 1992, p. 129-130). Igualmente para Humphrey, el argumento de la politización solo comienza a ser utilizado cuando los Estados comienzan a llevar más a serio el trabajo de la Comisión (HUMPHREY, 1989, p. 203). Adicionalmente, el concepto de politización varía de acuerdo con el grupo político que utiliza el término (CHETAIL, 2007, p. 140) Estas, y otras, consideraciones nos permiten afirmar que el argumento de la politización fue utilizado con el intuito de debilitar la Comisión.

3 La semipermanencia del Consejo de Derechos Humanos

El segundo aspecto del Consejo que fue considerado como una mejora de su naturaleza jurídico-institucional fue la duración de las sesiones y su distribución a lo largo del año. La Comisión de Derechos Humanos sólo se reunía una vez al año por un período de seis semanas, razón por la cual se concentraban en esta única sesión todas las cuestiones importantes, lo que en la práctica resultaba en el olvido de estos temas hasta la siguiente sesión, casi un año después (KALĪN; JIMENEZ, 2003, p. 14).

Además de la dificultad de administrar su tiempo debido a la concentración de las actividades en un único período de sesiones, también existía la dificultad de reaccionar frente a las situaciones graves que ocurrieran durante el largo periodo transcurrido entre las sesiones, así como había deficiencias para darle seguimiento a las situaciones ya existentes (SCANNELLA; SPLINTER, 2007, p. 46).

Tomando en consideración tal preocupación, la Resolución 60/251 previó que el Consejo se reuniría por lo menos tres veces a lo largo del año, incluyendo un período principal de sesiones, con una duración total no inferior a diez semanas. De igual forma, el nuevo órgano fue dotado de un mecanismo flexible para organizar encuentros fuera del período ordinario de sesiones, con el objetivo de ganar agilidad en el tratamiento de asuntos relacionados a crisis inminentes y particularmente graves. A pesar de que la nueva estructura fue pensada para ser semipermanente, *en la práctica funciona casi como un órgano permanente*, debido a la frecuencia con la que se reúne.

Durante el proceso de revisión que ocurrió en el primer semestre de 2011, a pesar de que hubo propuestas para reducir a dos el número de sesiones ordinarias, en lugar de las tres inicialmente previstas, no se realizó ningún cambio en este sentido.

El hecho es que la naturaleza semipermanente del órgano se tradujo efectivamente en un *importante aumento de su actividad* en comparación con la Comisión, permitiendo una *respuesta más inmediata a las situaciones de emergencia en derechos humanos*, como pudo observarse en las resoluciones aprobadas por el Consejo en temas como el golpe de Estado en Honduras, el terremoto en Haití y las situaciones de los derechos humanos en Libia y Siria.

Como un inconveniente de la nueva naturaleza semipermanente, podemos destacar la dilución de la publicidad y de la atención que generaba la realización de

una única sesión, que reunía a diferentes actores de distintas regiones del mundo para intercambiar ideas y realizar denuncias. Otro factor importante, que también está relacionado a la cuestión anterior, es el aumento de los costos de participación—tanto para organizaciones no gubernamentales, como para instituciones nacionales de derechos humanos o incluso para pequeños y medios Estados—, que al venir en su mayoría de otras partes del mundo, encuentran dificultades para tener una presencia regular en las sesiones del Consejo (INTERNATIONAL SERVICE FOR HUMAN RIGHTS, 2010, 2011).

4 La composición del Consejo de Derechos Humanos

Como se mencionó anteriormente, uno de los factores más criticados de la extinta Comisión era su composición, debido a que una de los principales justificativos utilizadas para extinguir la Comisión fue la supuesta “mala calidad” de algunos de sus miembros, que contarían con antecedentes de mala conducta en la aplicación de los derechos humanos (ALMQVIST, GOMEZ ISA, 2006, p. 42).

Es importante recordar que los debates sobre la composición del Consejo se centraron, por una parte, en los aspectos cuantitativos, más concretamente en el número de miembros y en la distribución geográfica de los asientos, aunque también en aspectos cualitativos.

En relación a los *aspectos cuantitativos*, se dejaron de lado las principales sugerencias sobre el tema (por un lado, la de universalizar la composición del Consejo y por otro, la de reducirla considerablemente), manteniendo prácticamente el mismo número de miembros que existía en la época de la Comisión, con una leve disminución del número de asientos, totalizando actualmente 47 miembros.

Con relación a los *aspectos cualitativos*, la problemática se daba en torno a si el Consejo de Derechos Humanos debía estar compuesto por miembros seleccionados en base al criterio del verdadero compromiso con el trabajo del órgano o, por el contrario, si prevalecería, una vez más, el principio de la igualdad soberana de los Estados. Esta reflexión se inició durante el funcionamiento de la Comisión y se acentuó en el debate sobre el nuevo órgano.

En primer lugar, es interesante mencionar que esta problemática resulta del reconocimiento implícito del valor y de la evolución del trabajo de la Comisión de Derechos Humanos, ya que tal preocupación no existía anteriormente (ALSTON, 2006, p. 191). En el inicio de sus actividades, la Comisión se limitó a elaborar normas internacionales de Derechos Humanos, eximiéndose por muchos años de cualquier apreciación política sobre las situaciones internas relacionadas a estos derechos o sobre temas afines. Con el paso del tiempo, la Comisión amplió su ámbito de acción y fueron surgiendo gradualmente nuevas herramientas, como por ejemplo, los mecanismos no convencionales de protección y el análisis de la situación de los derechos humanos en los países, lo que condujo a que algunos Estados tendieran a debilitar el trabajo y autoridad del órgano. Una de las formas encontradas para tal fin, fue la de participar en la Comisión para protegerse de las críticas, jugando con la condición de miembro y debilitando la credibilidad del órgano (NACIONES UNIDAS, 2005, para. 182).

El resultado final del debate sobre la estructura del Consejo resultó, como vimos, en la aprobación de criterios de elegibilidad para los candidatos a miembros, el establecimiento de compromisos para los Estados miembros electos, la restricción del número de reelecciones (evitando de esta forma la existencia de miembros permanentes *de facto*) y la posibilidad de suspensión de los miembros en base a grave conducta violatoria de los derechos humanos (NACIONES UNIDAS, 2006, para. 7, 8 e 9).

A pesar de que el establecimiento de un compromiso concreto de cooperar sea un indicio positivo, la disposición legal peca por su abstracción y vaguedad. Para tornar la formulación más objetiva, se comenzó a exigir la participación en el Examen Periódico Universal por parte de los Estados miembro durante su mandato, y se creó la posibilidad de suspender a los miembros del Consejo que cometieran violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos durante el período en que actúen como miembros, posibilidad que fue implementada en el caso de Libia (NACIONES UNIDAS, 2011).

Para suspender a un miembro del Consejo, se exige una mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes de la Asamblea General, mientras que la elección de los miembros exige mayoría de dos tercios. Además, la situación denunciada debe ser realmente seria y el margen de votos exigidos para que la suspensión ocurra es bastante alto. De hecho, no está previsto bajo ninguna circunstancia la expulsión de un miembro, sino únicamente su suspensión. A pesar de esto, el mero reconocimiento de esta posibilidad por parte de la Resolución 60/251 ya debe ser visto como algo positivo.

5 El Comité Asesor como el órgano de asesoramiento técnico del Consejo de Derechos Humanos

Como se mencionó anteriormente, en el marco de la creación del Consejo de Derechos Humanos, la Resolución 60/251 determinó que este órgano asumiera y evaluara, entre otros, a los órganos subsidiarios y de asistencia técnica del Consejo. Tal disposición resultó, como vimos, en la extinción de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y en la creación del Comité Asesor del Consejo.

El Comité fue creado con un reducido número de miembros –sólo 18, una reducción considerable si se lo compara con los 26 que existían en la época de la Comisión– y tiene autorización para celebrar hasta dos períodos de sesión anuales, con un máximo de 10 días cada uno –en lugar de 3 semanas como las que disponía la Subcomisión. En lo que se refiere a la selección de los miembros, el proceso continúa siendo exclusivamente intergubernamental, a pesar de las diversas propuestas para incluir a otros actores en este sistema.

En relación con sus funciones, el Comité Asesor mantuvo el mandato de producir conocimiento para el Consejo a través de estudios e informes. De esta forma, en estos primeros seis años de actividad, el Comité examinó un rango variado de temas, resultando en una amplia producción normativa que incluye la elaboración de proyectos de declaración y de principios y directivas, estudios finales, además del análisis de otros asuntos de carácter sustantivo.

Es imprescindible considerar que la Resolución A/HRC/RES/5/1 de 2007 (NACIONES UNIDAS, 2007) limitó expresamente el ámbito de acción del Comité, obligándolo a actuar exclusivamente en los casos en los que sea solicitado por el Consejo de Derechos Humanos. Esto se traduce, en otros términos, en la extirpación del derecho de iniciativa, que fue creado y consolidado en el ámbito de la Subcomisión y que, como es de común conocimiento, tanto contribuyó en la evolución de la protección internacional de los derechos humanos.

Otra modificación relevante fue la prohibición de crear órganos subsidiarios (los que existían en la época de la Subcomisión fueron extinguidos o fueron transformados en órganos subsidiarios del propio Consejo de Derechos Humanos) y la prohibición de adoptar resoluciones o decisiones propias (NACIONES UNIDAS, 2007, paras. 77 e 81). Entonces, podemos concluir que, al menos en el caso del Comité Asesor, la transición institucional Comisión/Consejo resultó en una reducción significativa de las prerrogativas y de la capacidad de acción del órgano, incidiendo en la producción de una reflexión académica independiente y de calidad, en el seno del principal órgano de derechos humanos de la ONU.

6 Procedimientos especiales en los primeros años de actividad del Consejo

Tal como mencionamos y como era de esperar, y debido a la relevancia que estos mecanismos tenían en la Comisión de Derechos Humanos, la resolución que creó el Consejo mantuvo los procedimientos especiales, más allá de prever la revisión y el perfeccionamiento del sistema.

De esta forma, la etapa inicial de los procedimientos especiales estuvo marcada en el Consejo por el proceso de revisión, creación y extinción de mandatos. Con relación a la revisión de los mandatos, la misma no supuso una reflexión real sobre el contenido y eficacia de los mandatos en sí, pudiéndose observar que en líneas generales el sistema se mantuvo más o menos igual, con la extinción de algunos mandatos, como el de la República Democrática de Congo, y la creación de otros, como el mandato sobre el acceso al agua potable y saneamiento y el mandato sobre las formas contemporáneas de esclavitud.

La revisión de los *mandatos temáticos*, por lo general, fue tranquila, con la excepción de algunos temas como, la libertad de religión y de credo, la situación de los defensores de los derechos humanos, la libertad de expresión y de opinión, la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias en los que hubo tensión y ataques contra los especialistas. El caso de los mandatos por países, uno de los temas más controvertidos desde la época de la Comisión, también alcanzó un grado de tensión, como era previsible.

A su vez con relación a la *situación de los países*, vale mencionar que también fueron abordadas en el ámbito de las sesiones extraordinarias del Consejo, que fueron abundantes en estos primeros años. En este período, el Consejo trató la situación de los derechos humanos en Palestina y en los Territorios Árabes Ocupados, en Sudán, y en la República Democrática de Congo, en Costa de

Marfil, en Libia, en Siria, entre otros. De todos estos, el tema que más atención requirió del Consejo en este período, como también sucedía en la época de la Comisión, fue el de Palestina y otros Territorios Árabes Ocupados, que mereció la mayor parte de las sesiones especiales y un gran número de resoluciones, decisiones y estudios.

En relación con el trabajo de *protección* de los procedimientos especiales, este se manifestó en la continuidad de la práctica de establecer diálogos interactivos con los titulares de mandato, en la definición y establecimiento de un nuevo proceso de selección y nominación de especialistas, además de la redacción y aprobación de un Código de Conducta para los mismos. En este sentido, el nuevo proceso de nominación ofrece la ventaja de ser más transparente, cuando se compara con el realizado por la Comisión, así como la ventaja de permitir tanto una mayor participación estatal, como un mayor control político sobre la decisión del Presidente del Consejo, aunque como es de suponer en un órgano de naturaleza eminentemente política como es el caso del Consejo, es innegable el papel de las negociaciones políticas para la nominación.

Con relación al Código de Conducta para los procedimientos especiales, la redacción del documento, generó bastante controversia desde el inicio, en especial por el recelo de que fuera utilizado como instrumento para debilitar al sistema. Como ha demostrado la práctica, a pesar de la ventaja de dar previsibilidad a la ejecución de los procedimientos especiales, dando un paso adelante en su institucionalización, tal documento también simboliza el riesgo de servir como instrumento para restringir la independencia de los titulares de mandatos de procedimientos especiales. En efecto, en el trabajo del Consejo todos los mandatos renovados pasaron a incluir una referencia al Código y en su segundo año de actividades el Consejo estableció una herramienta formal para vetar la renominación automática de un titular de mandato en caso de un supuesto incumplimiento del Código de Conducta. Igualmente, en la 11ª sesión, el Consejo volvió a aprobar una resolución recordando a los titulares de mandatos la obligación de ejercer sus funciones en estricto cumplimiento del referido documento. En este sentido, en estos primeros años de trabajo, la referencia al Código de Conducta es prácticamente obligatoria en el texto de la resolución de creación o renovación de los mandatos y ha sido utilizada como herramienta para criticar el trabajo de los especialistas, en casos de discordancia con el contenido de un estudio o con relación a alguna práctica adoptada por el titular de mandato.

7 El procedimiento de denuncias en los primeros años de actividad del Consejo

Tal como ocurrió con los procedimientos especiales, el procedimiento de denuncias fue mantenido en el nuevo Consejo, con una “nueva” cara, que en realidad es bastante similar a la anterior, principalmente por mantener el cuestionable carácter de confidencialidad. La confidencialidad implicaba que llegaba a conocimiento público solamente los nombres de los países que estaban siendo examinados o que dejaban de ser investigados por medio del

procedimiento 1503, de forma que ni el propio autor de la denuncia podía seguir el proceso. Con la transición institucional para el Consejo, además de cambiar el nombre a “nuevo” procedimiento de denuncias y dejar de lado definitivamente la referencia al “procedimiento 1503”, las novedades que se introducen en el sistema se refieren a la flexibilización de los requisitos de admisibilidad, a la mayor frecuencia con que se reúnen los grupos de trabajo responsables del análisis de casos, al grado de información que se brinda al autor de la denuncia (que es un poco mayor, a pesar de la limitación de la confidencialidad), a la posibilidad de que el denunciante solicite que su identidad no sea revelada al Estado, al establecimiento de plazos (tanto para que el Estado presente informaciones como para que el Consejo evalúe el caso) y a la posibilidad de que el Consejo recomiende, como solución final, que la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos brinde asistencia técnica al Estado denunciado.

En relación con *la práctica* del procedimiento de denuncias, pasado un período inicial de estructuración, el Consejo fue relativamente productivo al analizar y decidir sobre las situaciones que se presentaron por medio de este instrumento. Para evaluar si las modificaciones introducidas con el “nuevo” procedimiento han significado una mejora efectiva del mecanismo en comparación con la Comisión – por ejemplo, si la flexibilización del requisito de admisibilidad repercutió, de hecho, en un aumento del número de demandas presentadas, o si el hecho de que los peticionarios sean informados con más frecuencia sobre los pasos del procedimiento ha resultado en un mayor grado de satisfacción con el sistema -, y frente a la ausencia de datos públicos, solamente podemos afirmar, en base a la información disponible en los informes anuales del Consejo, que la mayor parte de los casos examinados no tuvieron continuidad.

De manera general, se puede concluir que la falta de datos públicos – consecuencia directa de la confidencialidad – tiene como resultado un desinterés general por el procedimiento, lo que puede observarse claramente en el escaso material doctrinario y de las ONGs disponible sobre el tema. Durante estos seis primeros años de funcionamiento, fue prácticamente imposible encontrar algún texto que tratara sobre el procedimiento 1503 que abordara más que la descripción de carácter general la transición. Esta afirmación puede ser aplicada no solo a los informes de organizaciones como Human Rights Watch, Servicio Internacional para los Derechos Humanos o Conectas, que siguen regularmente el trabajo del Consejo, sino también al trabajo de inúmeros autores que se han dedicado sobre la labor del nuevo órgano y a los propios informes anuales del Consejo de Derechos Humanos. Aún si el nuevo procedimiento de denuncias atacó – al menos parcialmente – dos de los importantes problemas del procedimiento 1503 (como la demora en la tramitación y la escasez de información para el denunciante), desde nuestro punto de vista una mejora real del procedimiento pasa necesariamente por un ablandamiento del carácter de confidencialidad, escenario que no parece muy probable en este momento, teniendo en cuenta la oportunidad perdida durante el proceso de revisión del funcionamiento del Consejo, finalizado en marzo de 2011, y que mantuvo intacto el proceso de denuncias.

8 Examen Periódico Universal

El Examen Periódico Universal (EPU), como se sabe, es considerado una novedad presentada por el Consejo de Derechos Humanos, ya que no existía en la época de la Comisión. Por este motivo, y también porque fue propuesto como uno de los principales mecanismos para combatir la politización –por no decir el principal–, su introducción en el sistema de protección de los derechos humanos de la ONU fue bastante celebrada. Entre sus características más relevantes, podemos destacar: la evaluación de la situación de los derechos humanos en todos los Estados miembro de la ONU en ciclos de cuatro años (primer ciclo) y cuatro años y medio (a partir del segundo ciclo), la naturaleza cooperativa y fuertemente intergubernamental del examen, la plena participación del Estado examinado en la revisión y el carácter no vinculante de las recomendaciones, entre otros.

Con relación a la aplicación práctica del EPU durante el primer ciclo, la misma estuvo marcada por la identificación que suele acompañar a los mecanismos recién instituidos de un órgano que, en sí mismo, es igualmente joven. En lo que se refiere a las recomendaciones formuladas – que, cabe resaltar tienen naturaleza individual – éstas se caracterizan por su heterogeneidad (fueron presentadas recomendaciones de todo tipo: las objetivas, las muy generales, las vacías y hasta las contrarias a las normas de derechos humanos¹) y abundancia (la producción de recomendaciones fue bastante alta²). Igualmente variadas fueron las respuestas de los Estados a las recomendaciones, lo que incluye no sólo negativa y aceptación, sino la utilización frecuente de la táctica de postergar la apreciación de una recomendación para un momento ulterior o de rechazarla sutilmente. Todo esto hace que factores supuestamente presentados como positivos (como el alto número de recomendaciones formuladas y el alto porcentaje de aceptación de las recomendaciones) sean indicadores relativos de efectividad en la evaluación del procedimiento.

En lo que se refiere al desarrollo del Examen, en el diálogo interactivo que se realiza durante el proceso de revisión fueron observadas, entre otras, las siguientes tendencias: la presencia de “Estados amigos” para emitir comentarios favorables durante la revisión, evitando de esta forma, la profundización del debate en otros temas realmente de interés; la escasez de comentarios verdaderamente críticos, y el predominio de comentarios elogiosos;³ la tendencia entre los Estados de concentrarse, por regla general, en los temas de su propio interés en lugar de concentrarse en los problemas de derechos humanos del Estado examinado.

Cabe observar que el objetivo del EPU no es duplicar el trabajo ya ejercido por los órganos para fiscalizar la aplicación de los tratados de derechos humanos y los procedimientos especiales, sino que busca completarlo. En este sentido, el EPU se distingue de esos otros mecanismos por algunas características: su carácter esencialmente interestatal, el hecho de que las recomendaciones emanan del Estado individualmente y no del Consejo como órgano, la posibilidad de aceptación o rechazo de la recomendación por parte del Estado examinado, con la consecuencia de que solamente las recomendaciones aceptadas deben ser

implementadas; la universalidad del examen y de los derechos que son objeto de examen. También en este sentido, durante los primeros años de actividad hay registros de intercambio positivo de informaciones entre el EPU y los demás mecanismos – por ejemplo algunas recomendaciones formuladas durante el EPU fueron utilizadas por órganos encargados de verificar el cumplimiento de tratados de derechos humanos o por procedimientos especiales y, por otro lado, muchos Estados utilizaron su participación en el EPU para comentar sus actividades ante aquellos mecanismos, o para realizar recomendaciones a terceros países relativas a tales mecanismos.⁴ Podemos incluso afirmar que, en cierto sentido, el Examen Periódico Universal ha funcionado como herramienta de estímulo a la implementación de las obligaciones de los procedimientos especiales y de los órganos establecidos en virtud de los tratados.⁵

Como aspectos positivos de estos primeros años del Examen, podríamos destacar, entre otros, la posibilidad de realizar un examen de la situación de los derechos humanos en todos los Estados miembro de Naciones Unidas; la amplia participación de los Estados en el proceso; la posibilidad de construir un espacio de diálogo entre Estados y ONG, y la creación de una idea de conjunto con el sistema de protección de los derechos humanos de la ONU. Como dificultades, resaltaríamos la insuficiencia y mala distribución del tiempo para el examen; el número excesivo de recomendaciones, además de su heterogeneidad; la ausencia de asesoramiento de especialistas en derechos humanos durante el proceso (TARDU, 2007, p. 975); el reducido espacio para la participación de actores no estatales, como las ONG, y la cuestionable sostenibilidad financiera del mecanismo (INTERNATIONAL SERVICE FOR HUMAN RIGHTS, 2009, p. 7-8).

En relación al primer punto, cuando observamos el tiempo ofrecido a los Estados miembros y observadores durante la revisión, notamos que la demanda superó mucho la oportunidad temporal para intervenir. En la revisión de China durante el primer ciclo, por ejemplo, 115 delegaciones se inscribieron para hablar durante el diálogo interactivo. En el caso de Cuba, fueron realizadas 110 solicitudes para hablar y en el de la Federación Rusa, fueron 73. La participación de todos los inscritos era claramente inviable teniendo en cuenta las dos horas previstas para el procedimiento. En relación al número excesivo de recomendaciones, a modo de ejemplo, hasta la 8ª sesión de EPU (en mayo de 2010) habían sido emitidas 12.384 recomendaciones, una media de 1.548 recomendaciones por sesión.

En relación al espacio reducido para participación de otros actores no estatales, es importante recordar que las ONG no pueden intervenir directamente en el diálogo interactivo del Examen Periódico Universal, siendo que su contribución se restringe a la facultad para presentar un informe de un máximo de cinco páginas, cuyo contenido servirá de base para que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos elabore uno de los tres documentos que servirán de base para el Estado examinado. Una otra oportunidad de colaboración ocurre durante los 20 minutos disponibles en total durante el debate del informe final en la plenaria del Consejo. La participación limitada de las ONG coloca como camino obvio el trabajo de lobby directamente

con las misiones diplomáticas de los Estados, principalmente en el ámbito de las “delegaciones amigas”, para lograr que estas intercedan ante los demás Estados en sus temas de interés.

El segundo ciclo del EPU comenzó en mayo de 2012 y trajo algunas novedades procedimentales introducidas en ocasión de la revisión del funcionamiento del Consejo, realizada durante el primer semestre de 2011. De esta forma, el tiempo de las sesiones se incrementó en media hora (con 10 minutos más para el Estado examinado y 20 minutos extra para los demás Estados), además de la implementación de nuevas reglas para la lista de oradores. El volumen de las recomendaciones continuó siendo alto a lo largo del primer año del segundo ciclo, sin que esto resultara en una mayor precisión y claridad de las mismas.

Finalmente, como principal desafío para el futuro del mecanismo, señalaríamos la necesidad de encontrar un equilibrio entre la noción de diálogo cooperativo y el ejercicio de la crítica constructiva y, sobre todo, el imperativo de superar la práctica establecida por un gran número de Estados de utilizar el Examen Periódico Universal como un instrumento político para la defensa de sus propios intereses y no como un instrumento para la promoción y protección de los derechos humanos, función para la cual fue creado. Otra cuestión clave, y desde nuestro punto de vista determinante para la evaluación sobre el éxito real del EPU en el futuro, es la necesidad de darle seguimiento efectivo a las recomendaciones formuladas durante la revisión del ciclo anterior.

9 Algunas notas sobre la politización como justificativa para la extinción de la Comisión y creación del Consejo

Entendemos que no es posible realizar un análisis adecuado de los resultados de las modificaciones introducidas por el Consejo sin abordar la cuestión de la politización, que fue el motivo (al menos alegado) para emprender el cambio. En este sentido, consideramos cuestionable uno de los principales justificativos presentados para la extinción de la Comisión y para la creación del Consejo: el combate a la politización, y por otro lado, defendemos que los remedios creados para mitigar el problema no son los adecuados.

Sobre este aspecto, es esencial recordar que tanto la Comisión como el Consejo fueron creados como órganos políticos intergubernamentales, compuestos por representantes de los diversos Estados miembro de la ONU, lo que le confiere una naturaleza esencialmente política a sus actividades, que no se extingue con modificaciones meramente formales de su estructura.

En este sentido, no es por una simple casualidad que las mismas críticas que se dirigían a la Comisión son las que se dirigen hoy a su sucesor (“business as usual”). La acusación de politización se debe, en esencia, a la naturaleza política del órgano y eso no se borra automáticamente a través de algunas modificaciones institucionales esencialmente formales. Incluso habiendo, en la época de la extinción de la Comisión, unanimidad sobre la existencia del exceso de influencia política en su trabajo, tal unanimidad no se aplicaba a las razones por las que cada grupo formulaba ese diagnóstico, con opiniones que variaban entre los que

entendían que la politización se debía a una excesiva intromisión y a una acción selectiva de la Comisión en los países, y los que defendían, por el contrario, que la Comisión debería ejercer una fiscalización más activa. En dicho contexto, el intento de acabar con la politización en un órgano como el Consejo de Derechos Humanos es irreal, por no decir ingenua o falaz.

Esa opción política es clara desde la decisión inicial de que la Comisión de Derechos Humanos fuera instituida como un órgano intergubernamental, en 1946, hasta la decisión de la Asamblea General de la ONU en 2006, de mantener esa misma estructura para el Consejo de Derechos Humanos. Sobre este aspecto, conviene recordar que el hecho de que sea un órgano intergubernamental no es necesariamente malo. Como sabemos, las decisiones adoptadas por un órgano compuesto por representantes estatales tienen la ventaja de que ya están dotadas de una dosis importante de realismo político, y que tienen más posibilidades de ser implementadas que las decisiones adoptadas por organismos compuestos exclusivamente por especialistas. Además, tenemos el ejemplo de la propia Comisión de Derechos Humanos, que era un órgano intergubernamental, pero que, a pesar de todas las críticas que recibió y de las restricciones en su mandato, tuvo una importante trayectoria en la evolución y contribución para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Nada impide que lo mismo suceda con el Consejo, aún si por el momento, cualquier tipo de afirmación en este sentido pueda parecer prematura.

Si el objetivo de la reforma hubiera sido realmente amenizar el peso de las influencias políticas en el trabajo del nuevo órgano, el camino a adoptar, debería haber sido el de introducir una mayor participación de especialistas en el trabajo del Consejo, a través de medidas tales como el fortalecimiento de las actividades del Comité Asesor o del sistema de procedimientos especiales, lo que no sucedió. Muy por el contrario, lo que se observó fue, en el caso del Comité Asesor, una reducción importante de sus prerrogativas y de su capacidad de acción, y en el caso de los procedimientos especiales, existe el miedo de una posible restricción de su independencia a través del nuevo código de conducta aprobado.

Otra muestra de la permanencia del exceso de influencia política en el trabajo del Consejo es el propio Examen Periódico Universal, la gran novedad del nuevo órgano y el principal mecanismo creado para combatir la politización. De esta forma, el Examen Periódico tuvo como una de sus principales características el carácter excesivamente intergubernamental y el hecho de que los especialistas de derechos humanos estén prácticamente ausentes en su funcionamiento. Además, como ya demostramos en este artículo, en el primer ciclo de funcionamiento del nuevo procedimiento, se desarrolló la práctica de evitar las críticas sobre el Estado examinado por medio de la alianza con Estados amigos, incitados a participar en la revisión con comentarios favorables al Estado examinado. También aquí, prevalecen las negociaciones políticas en un mecanismo que supuestamente busca reducirlas, como es el Examen Periódico Universal, motivo por el cual, entre otros, no se puede defender con convicción que la transición institucional sirvió a los fines políticos que anunció perseguir.

10 Conclusiones

En esta breve exposición, pudimos tener una visión general del impacto de las principales modificaciones realizadas en virtud de la extinción de la Comisión de Derechos Humanos y de la creación de un Consejo de Derechos Humanos como sucesor. Sin desmerecer la importancia de algunos aspectos realmente positivos y teniendo presente que aún es muy pronto para evaluar de forma conclusiva al Consejo de Derechos Humanos- recordemos que la Comisión tardó seis décadas para desarrollar sus mecanismos de promoción y protección de los derechos humanos -, sostenemos que el impacto de las modificaciones introducidas en estos primeros años de actividad del órgano, dejan bastante que desear.

Por un lado, el nuevo órgano encarna cambios que consideramos positivos, como su carácter semipermanente, los ajustes en el proceso de selección de los miembros y la posibilidad de suspenderlos, el propio EPU y la posibilidad de revisión de los antecedentes de derechos humanos de todos los países miembro de la ONU, entre otros. Por otro lado, como ya mencionamos, se repiten problemas que existían en la época de la Comisión y que fundamentaron la propuesta de reforma – como son la politización y la utilización del doble criterio de evaluación. Además, y principalmente, aumentó el carácter intergubernamental del órgano y se observa una tendencia a restringir el accionar de la sociedad civil.

En relación a la politización y a la utilización del doble criterio de evaluación, como fuera señalado, estos son problemas de carácter político, que en gran parte están relacionados a la naturaleza intergubernamental del órgano, pero también a la propia paradoja fundamental que ha acompañado a la protección internacional de los derechos humanos desde su inicio, que es la de solicitar a los Estados que sean fiscales de las violaciones de los derechos humanos que ellos mismos cometieron, por acción u omisión.

Estas consideraciones nos permiten afirmar que el argumento de acabar con la politización como principal justificativo utilizado para extinguir la Comisión de Derechos Humanos es un argumento vacío, producto de los intereses políticos que prevalecían en la Comisión en la época de la aprobación de la reforma.

En estos primeros años de funcionamiento, allí donde el Consejo adoptó una postura decidida y activa, como en el caso de la suspensión de Libia de su condición de miembro de este órgano, fue consecuencia de la voluntad política y del trabajo de algunas delegaciones estatales para lograr un Consejo de Derechos Humanos más comprometido con la implementación de su mandato.

Tomando como base la experiencia de la evolución de la Comisión de Derechos Humanos, el poco tiempo de trabajo del Consejo, el hecho de que el ambiente político dentro del mismo se corresponde con la realidad de las relaciones internacionales de los últimos años, y que las condiciones formales y estructurales del órgano, aún si son relevantes, pueden ser moldeadas según la voluntad política dominante del momento, es natural concluir que la manera en la cual el Consejo será recordado por la historia dependerá, al final de cuentas, de la evolución de la política y de las relaciones internacionales en los próximos años.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- ABRAHAM, Meghna. 2006. **A new chapter for human rights: a handbook on issues of transition from the Commission on Human Rights to the Human Rights Council**. Geneva, Switzerland: International Service for Human Rights (ISHR); Friedrich Ebert Stiftung (FES). Disponible en: <<http://www.ishr.ch/guides-to-the-un-system/handbook>> e <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/genf/04375.pdf>>. Visitado en: Mayo 2013.
- ALMQVIST, Jessica; GOMEZ ISA, Felipe. **El Consejo de Derechos Humanos: oportunidades y desafíos**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. (Cuardenos Deusto de Derechos Humanos, 40).
- ALSTON, Philip. 1992. "The Commission on Human Rights", In P. Alston (ed.), **The United Nations and Human Rights. A critical appraisal**. Nova York/Oxford: Clarendon Press/Oxford University Press.
- _____. 2006. Reconceiving the UN Human Rights regime: challenges confronting the New UN Human Rights Council. **Melbourne Journal of International Law**, v. 7, No. 1, p. 185-224, may.
- BOYLE, Kevin. 2009. The United Nations Human Rights Council: origins, antecedents, and prospects. In: BOYLE, Kevin (Ed.). **New institutions for human rights protection**. Oxford, New York: Oxford University Press, 2009. p. 11-47.
- CHETAİL, Vincent., 2007. "Le Conseil des Droits de l'home des Nations Unies : réformer pour ne rien changer ?". En V. Chetail (edit), **Conflicts, sécurité et coopération : liber amicorum Victor-Yves Ghebali/ Conflicts, security and cooperation : liber amicorum Victor-Yves Ghebali**, Bruylant, Bruselas,
- HUMPHREY, John J. 1989. *No distant millennium. The International Law of Human Rights*. Paris: UNESCO,
- INTERNATIONAL SERVICE FOR HUMAN RIGHTS. 2009. **Human Rights Monitor**, n. 67/2009.
- _____. 2010a. **Human Rights Monitor Quarterly**, Issue 2/3, Geneva, July.
- _____. 2010b. "Human Rights Council Review. What you need to know", **Human Rights Monitor Quarterly**, Issue 2/3, Geneva, New York, July.
- _____. 2010c. **Human Rights Monitor Quarterly**, Issue 3/3, Geneva, October.
- _____. 2011a. **Human Rights Monitor Quarterly**, Issue 1/4, Geneva, January.
- _____. 2011b. **Human Rights Monitor Quarterly**, Issue 2/4, Geneva, April.
- _____, 2011c. **Human Rights Monitor Quarterly**, Issue 3, Geneva, July.
- KALĪN, Walter; JIMENEZ, Cecilia. 2003. **Reform of the UN Commission on Human Rights**. Study Commissioned by the Swiss Ministry of Foreign Affairs

- (Political Division IV). Bern; Geneva, Switzerland: Institute of Public Law, University of Bern, 30 August 2003.
- KALĪN, Walter; JIMENEZ, Cecilia. 2003. **Reform of the UN Commission on Human Rights**. Study Commissioned by the Swiss Ministry of Foreign Affairs (Political Division IV). Bern; Geneva, Switzerland: Institute of Public Law, University of Bern, 30 August 2003.
- LAUREN, Paul Gordon. 2007. To preserve and build on its achievements and to redress its shortcomings: the journey from the Commission on Human Rights to the Human Rights Council. **Human Rights Quarterly**, Baltimore, MD, v. 29, No. 2, p. 307-345, may.
- LEMPINEN, Miko; SCHEININ, Martin. 2007. **The New Human Rights Council: the first two years**. Substantive Report of the Workshop organized by the European University Institute, Istituto Affari Internazionali, and The Institute for Human Rights at Åbo Akademi University. Villa Schifanoia, La Cappella: European University Institute, 7-8 Noviembre. Disponible en: <<http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/AcademyofEuropeanLaw/Projects/HRCReport.pdf>>. Visitado en: Mayo 2013.
- MARIE, Jean-Bernard. 1975. **La Commission des Droits de l'Homme de l'ONU**. Paris: Pedone, 1975.
- MCMAHON, Edward R. 2010. **Herding Cats and Sheep: Assessing State and Regional Behaviour in the Universal Periodic Review Mechanism of the United Nations Human Rights Council**. July 2010. Disponible en: <http://www.upr-info.org/IMG/pdf/McMahon_Herding_Cats_and_Sheeps_July_2010.pdf>. Visitado el: Mayo 2013.
- MÜLLER, Lars; LUTZ, Christian. 2007. **The first 365 days of the United Nations Human Rights Council**. Geneva, Switzerland: Lars Müller.
- NACIONES UNIDAS. 2005. Asamblea General. **Un concepto más amplio de libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos**. Informe del Secretario General. Doc. ONU. A/59/2005, de 21 de marzo de 2005, pár. 182.
- _____. 2006. **Resolución de la Asamblea General de la ONU n. A/RES/60/251, de 03 de abril de 2006**.
- _____. 2007. Consejo de Derechos Humanos. **Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos**. Doc. ONU. A/HRC/RES/5/ de 5 de junio de 2007.
- _____. 2008. Consejo de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal. **Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Bahrein**. Doc. ONU n. A/HRC/8/19, de 22 de mayo de 2008.
- _____. 2009a. Consejo de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal. **Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Afganistán**. Doc. ONU A/HRC/12/9, de 20 de julio de 2009, párrafos 29 y 96 recomendación 13;

- _____. 2009b. Consejo de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal. **Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Alemania.** Doc. ONU n A/HRC/11/15, de 4 de marzo de 2009.
- _____. 2010. Asamblea General de la ONU. Aplicación efectiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluidas las obligaciones en materia de presentación de informes de conformidad con esos instrumentos. Doc. ONU n. A/65/190, de 6 de agosto de 2010, Anexo II, párrafo 41.
- NADER, Lucia. 2007. O papel das ONGs no Conselho de Direitos Humanos da ONU SUR, São Paulo, v. 4, n. 7, p. 7-25. Disponible en: <http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/7/nader.pdf>. Visitado en: Mayo 2013.
- SCANNELLA, Patrizia; SPLINTER, Peter. 2007. The United Nations Human Rights Council: a promise to be fulfilled. **Human Rights Law Review**, v. 7, n. 1, p. 41-72.
- TARDU, Maxime. 2007. Le nouveau conseil des droits de l'homme aux Nations Unies: decadence ou résurrection? *Reviste Trimestrielle des droits de l'homme*, 72/2007.
- TISTOUNET, Eric. From Commission on Human Rights to Human Rights Council: itinerary of a reform process. In: KÄLIN, Walter et al. **International law, conflict and development: the emergence of a holistic approach in international affairs.** Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. p. 325-354.

NOTAS

1. Ver: Naciones Unidas (2009a), párrafo 95; A/HRC/8/48 de 5 de junio de 2008, párrafo 58.
2. Hasta el 13º período de sesiones, habían sido propuestas 2479 recomendaciones. <http://www.upr-info.org/database/statistics/>, consultado el 7 de mayo de 2013.
3. Ver: Naciones Unidas (2008), párrafo 19 (Palestina), 20 (India), 21 (Pakistán), 22 (Qatar), 23 (Túnez), 24 (Emiratos Árabes Unidos), 25 (Arabia Saudita), 27 (Malasia) y 30 (Libia) entre otros.
4. Ver Naciones Unidas (2009b), párrafo 81, recomendación 33.
5. Ver el documento final de la 17 reunión de relatores y representantes especiales, especialistas y presidentes de los grupos de trabajo de los procedimientos especiales con los presidentes y los miembros de los órganos tratados (NACIONES UNIDAS, 2010, Anexo II, párrafo 41)

ABSTRACT

In 2006, the Human Rights Council was established within the United Nations to replace the Commission on Human Rights, which had been in existence since 1946. The creation of the new body was justified by the need to combat some of the weaknesses of the Commission, particularly its excessive “politicization”, and to establish a body that could respond more quickly to situations of human rights violations. This article aims to critically analyze the impact of the changes introduced in these early years of the Council’s work, while also questioning the validity of politicization as an argument for the dissolution of the UN’s main human rights body. The article is based on the conclusions of the author’s doctoral thesis on the same subject, defended in December 2011 at the Carlos III University of Madrid.

KEYWORDS

UN Human Rights Council – International Protection Systems – Politicization – Institutional transition

RESUMO

No ano de 2006, estabeleceu-se no seio da ONU um Conselho de Direitos Humanos, em substituição à Comissão de Direitos Humanos, que existia desde 1946. A criação do novo órgão justificou-se pela necessidade de combater algumas debilidades existentes na época da Comissão, em especial a excessiva “politização”, e de contar com um órgão que respondesse mais agilmente às situações de violação de direitos humanos. O artigo busca analisar de forma crítica o impacto das mudanças introduzidas nesses primeiros anos de atuação, questionando também a validade da politização como argumento para a extinção do principal órgão de defesa dos direitos humanos na ONU. O artigo se baseia nas conclusões da tese de doutorado da autora sobre este mesmo tema, defendida em dezembro de 2011 na Universidade Carlos III de Madri.

PALAVRAS-CHAVE

Conselho de Direitos Humanos da ONU – Sistemas Internacionais de Proteção – Politização – Transição institucional



JÉRÉMIE GILBERT

Jérémie Gilbert es profesor adjunto de Derecho en la Universidad de East London (Reino Unido). Ha publicado varios artículos y capítulos de libros sobre los derechos de los pueblos indígenas, prestando especial atención a los derechos territoriales. Jérémie trabaja a menudo con comunidades indígenas y representantes de ONG sobre casos de derechos sobre la tierra. Es miembro del consejo del Grupo de Trabajo Internacional sobre Asuntos Indígenas (IWGIA), miembro del Consejo Consultivo del *Minority Rights Group International* en su Programa de Causas Judiciales, y también trabaja regularmente con el *Forest Peoples' Programme* y con la *Rainforest Foundation* del Reino Unido. Su trabajo actual se centra en la protección de los pueblos nómadas en virtud del derecho internacional, los derechos territoriales de los pueblos indígenas, así como la interacción entre las empresas y el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

Email: jeremie.gilbert@uel.ac.uk

RESUMEN

El derecho a la tierra ha recibido una cierta atención en cuanto problema de derechos de propiedad y como un derecho particularmente importante para los pueblos indígenas y las mujeres, pero este derecho se encuentra ausente de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos. Este artículo analiza como el derecho a la tierra ha sido abordado desde cinco ángulos diferentes en la legislación internacional de derechos humanos: como una cuestión de derecho de propiedad, como un derecho específicamente importante para los pueblos indígenas; como un ingrediente para la igualdad de género; y como una llamada para unirse contra la desigualdad en el acceso a la alimentación y a la vivienda. Al analizar estos diferentes enfoques, este artículo propone identificar el lugar del derecho a la tierra en los instrumentos y jurisprudencia internacional de derechos humanos así como analizar por qué ese derecho no ha sido incluido -y si debería ser incluido- como derecho específico e independiente.

Original en inglés. Traducido por Fernando Campos Leza.

Recibido en febrero de 2013. Aceptado en mayo de 2013.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la tierra – Mujeres – Pueblos Indígenas – Derecho a la alimentación – Derecho a la vivienda



Este artículo es publicado bajo licencia *creativecommons*.

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

DERECHO A LA TIERRA COMO DERECHO HUMANO: ARGUMENTOS A FAVOR DE UN DERECHO ESPECÍFICO A LA TIERRA

Jérémie Gilbert

1 Introducción: ¿Por qué derechos a la tierra?

El derecho a la tierra no suele percibirse como un problema de derechos humanos. En términos generales, el derecho a la tierra se refiere a los derechos a utilizar, controlar y transferir una parcela de tierra. Entre tales derechos se incluyen el derecho a: ocupar, disfrutar y utilizar la tierra y sus recursos; restringir o excluir a otros de la tierra; transferir, vender, comprar, donar o prestar; heredar y legar; acondicionar o mejorar; arrendar o subarrendar; y beneficiarse de los valores de la mejora del suelo o de ingresos por alquiler (FOOD AND AGRICULTURAL ORGANISATION OF THE UNITED NATIONS, 2002). Legalmente, el derecho a la tierra suele caer dentro de las categorías de las leyes sobre la tierra, los contratos de tenencia de la tierra o los reglamentos de planificación, pero rara vez se asocian con los derechos humanos. En el ámbito internacional, ningún tratado o declaración se refiere específicamente al derecho humano a la tierra; en sentido estricto, no existe el derecho humano a la tierra en el derecho internacional.

Sin embargo, detrás de esta *fachada*, el derecho a la tierra es una cuestión fundamental de derechos humanos. El mismo constituye la base para el acceso a la alimentación, la vivienda y el desarrollo y, sin acceso a la tierra, muchos pueblos se encuentran en una situación de gran inseguridad económica.

En muchos países, el acceso a la tierra y los derechos sobre ella suelen estar estratificados y basados en un sistema jerárquico y segregado donde los más pobres y menos educados no tienen seguridad sobre la tenencia de la tierra. El control del derecho a la tierra ha sido históricamente un instrumento de opresión y colonización. Uno de los ejemplos más patentes es la Sudáfrica del *apartheid*, donde los derechos sobre la tierra se utilizaron como una pieza central de ese régimen. En un caso

Ver las notas del texto a partir de la página 144.

menos extremo, los amplios movimientos sociales de campesinos sin tierra en toda América Latina y América Central suponen asimismo una reacción al control de las tierras por las élites ricas dominantes.

En los peores casos, dicha estratificación en el acceso a la tierra ha sido un ingrediente en conflictos violentos. La situación en los territorios palestinos ocupados e Israel es un claro ejemplo de la utilización de los derechos de la tierra como medio de opresión (HUSSEIN; MCKAY, 2003). Esa situación no es exclusiva de Oriente Medio, pues en la mayoría de los conflictos el control sobre la tierra es un elemento crítico (DAUDELIN, 2003).

El acceso, la redistribución y las garantías del derecho a la tierra son igualmente temas cruciales en situaciones posconflicto (LECKIE, 2008). La redistribución de la tierra continúa siendo una cuestión crítica en países que han tenido recientemente conflictos graves, como Colombia, Bangladesh o Timor Oriental. En estas situaciones posconflicto, la cuestión de la restitución de tierras es un factor que, si no se aborda adecuadamente, podría volver a desencadenar violencia.

Fuera de situaciones de violencia y conflicto, los reglamentos y políticas que rigen los derechos de la tierra suelen estar en el centro de cualquier gran reforma económica y social. El derecho a la tierra desempeña un papel catalizador en el crecimiento económico, el desarrollo social y la reducción de la pobreza (INTERNATIONAL LAND COALITION, 2003). Cifras recientes apuntan a que casi el 50 % de la población rural del mundo no goza de una garantía de derechos respecto a la propiedad de la tierra y se estima que hasta una cuarta parte de la población mundial son personas sin tierra, haciendo de la inseguridad del registro de la tierra y la falta de acceso a la tierra ingredientes claros de la pobreza (UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME, 2008).

En las últimas décadas, varios países han adoptado drásticas reformas agrarias para hacer frente a cuestiones tales como la pobreza, la equidad, la indemnización en caso de expropiación pasada, la inversión y la innovación en la agricultura y la sostenibilidad. Las tierras cultivables se están volviendo extremadamente valiosas debido al mayor interés de los inversores, los cambios en los sistemas de producción agrícola, el crecimiento demográfico, la migración y el cambio ambiental. Esto incluye las inversiones agrícolas extranjeras a gran escala en países en desarrollo, que se han considerado como *apropiación de tierras*. Eso ha hecho surgir nuevos problemas relacionados con el respeto al derecho a la tierra de las poblaciones locales, al privarlas de tierras indispensables para mantener su acceso a los alimentos. Del mismo modo, el reciente énfasis en las medidas de compensación respecto al cambio climático, que ha provocado la adquisición de grandes extensiones de tierra para plantar palma aceitera u otras fuentes de biocombustibles, está creando una tendencia de adquisición de tierras para obtener beneficios económicos en detrimento de las poblaciones locales que están perdiendo sus tierras a manos de los inversores internacionales.

A su vez, esto ha provocado varios movimientos de *derecho a la tierra*, que reclaman el reconocimiento y la afirmación del derecho fundamental a la tierra. La aserción de que el derecho a la tierra constituye un derecho humano ha sido un denominador común en los movimientos de la India, Sudáfrica, Brasil, México, Malasia, Indonesia, Filipinas y muchos otros países de todo el mundo. Para

estos movimientos, la articulación de un derecho a la tierra se percibe como una manera de impulsar la protección y la promoción de una cuestión social clave: el reconocimiento de que las poblaciones locales tienen derecho al uso, la propiedad y el control de los desarrollos realizados en sus propias tierras. Los derechos sobre la tierra no solo tienen un impacto directo sobre los derechos de propiedad individual, son también esenciales para la justicia social.

Pese a ser un tema tan central para la justicia social y la igualdad, el derecho a la tierra está ausente en gran medida del léxico de derechos humanos. Ha habido varios llamamientos para que se reconozca un derecho a la tierra en el marco del derecho internacional de los derechos humanos (PLANT, 1993). Sin embargo, a pesar de esas iniciativas, ningún tratado de derechos humanos ha reconocido el derecho a la tierra como una cuestión fundamental de derechos humanos. De los nueve tratados internacionales fundamentales de derechos humanos, el derecho a la tierra solo se cita una vez, marginalmente, en el contexto de los derechos de las mujeres de las zonas rurales.¹ Sin embargo, a pesar de la ausencia de una referencia clara en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, ha habido un creciente interés en la jurisprudencia internacional sobre el derecho a la tierra como una cuestión de derechos humanos.

Este artículo analiza de qué manera se ha abordado el derecho a la tierra pese a no estar formalmente proclamados en los principales instrumentos de derechos humanos. Para emprender un recorrido de ese tipo, este artículo argumenta que el derecho a la tierra ha sido abordado desde cinco ángulos diferentes en el derecho internacional de derechos humanos. Como se examinará, la reivindicación del derecho a la tierra ha surgido ya sea como una cuestión de derecho de propiedad (sección 1), como un derecho específicamente importante para los pueblos indígenas (sección 2); como un ingrediente para la igualdad de género (sección 3); y como una llamada para unirse contra la desigualdad en el acceso a la alimentación y a la vivienda (secciones 4 y 5). A través del examen de estos tres enfoques diferentes respecto al derecho a la tierra, este artículo propone no solo identificar el lugar del derecho a la tierra en el marco internacional de derechos humanos, sino también analizar por qué ha sido incluido, y si debería ser incluido en tales instrumentos como un derecho a la tierra específico e independiente (conclusión).

2 Derecho a la tierra como derecho de propiedad: ¿proteger a los “propietarios”?

El término propiedad suele hacer referencia a la *propiedad de una cosa o cosas*, pero también suele asociarse con la idea de propiedad de la tierra. En la mayor parte de los sistemas jurídicos del mundo se encuentra como denominador común el derecho a la propiedad, considerado en general como una de las libertades fundamentales de la persona. La mayoría de las constituciones tienen una sólida garantía explícita de este derecho (ALLEN, 2007), que ha desempeñado un papel muy importante en el desarrollo de normas y valores humanos.

Históricamente, la garantía de los derechos de propiedad de la tierra ha sido uno de los temas centrales que han motivado el desarrollo de un sistema emergente

de derechos humanos. Por lo general, los derechos de propiedad han sido un aspecto central de la afirmación de las libertades individuales frente a la autoridad del Estado en muchas de las democracias liberales occidentales (WALDRON, 1988). Los textos dieciochescos de la Carta de Derechos estadounidense y de la Declaración de los Derechos Humanos francesa ponen la protección de los derechos de propiedad al mismo nivel que el derecho a la vida. En ese contexto, la propiedad privada significa la protección, garantía y seguridad de la tenencia de *los propietarios de tierras*, ya que solo estarían protegidas las personas que tienen el título oficial de esas tierras. Históricamente, solo los terratenientes ricos y poderosos tenían tal título oficial.

Desde esa perspectiva histórica, por lo tanto, el derecho a la propiedad de la tierra puede verse como un derecho muy conservador; protege el derecho de los *propietarios de tierras*. En otras palabras, el derecho a la propiedad solo se aplica a las posesiones existentes y no aborda el derecho de adquirir posesiones de tierra. La preeminencia de los derechos de propiedad en algunas de las primeras declaraciones de derechos humanos del siglo XVIII, o incluso en documentos anteriores, se explica por la voluntad de los *propietarios* de obtener la protección de sus derechos de propiedad frente al poder de los monarcas. La propiedad de la tierra se veía como uno de los elementos clave de la libertad contra el arbitrio gubernamental.

Los orígenes occidentales del derecho de propiedad han influido en gran medida en la manera en que los derechos de propiedad se han enmarcado en el derecho internacional de derechos humanos. Su importancia se refleja en el actual sistema internacional de protección de los derechos humanos, donde el derecho a la propiedad es, a la vez, uno de los principios por excelencia del sistema así como tema bastante controvertido. El artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) establece lo siguiente:

1. *Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.*
2. *Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.*

(UNITED NATIONS, 1948, art. 17)

La inclusión de ese derecho en la DUDH resultó controvertida y su proceso de redacción dio lugar a intensos debates y negociaciones. En particular, la controversia se refería se existía la necesidad de incluir ese derecho y a la medida en que el derecho de propiedad debía estar limitado por las leyes nacionales (CASSIN, 1972). Si bien la cuestión particular de la propiedad de la tierra no estaba en sí misma en el meollo de la discusión, la brecha entre un enfoque individual y otro más social y colectivo de la propiedad iba a impregnar el debate posterior sobre el derecho a la tierra. La referencia al derecho a la propiedad fue rechazada en los dos Pactos adoptados en 1966, haciendo de los derechos de propiedad uno de los únicos derechos humanos afirmados en la DUDH que no se integra en ninguno de los Pactos jurídicamente vinculantes. Se han presentado varios argumentos para explicar la ausencia del derecho de propiedad de ambos Pactos, en particular la brecha entre los bloques de Occidente y Oriente, pero en última instancia la redacción referente a un derecho de propiedad se consideró demasiado compleja e ideológicamente controvertida (SCHABAS, 1991).

En paralelo a esos debates, la Convención Internacional sobre la Eliminación

de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), aprobada en 1965, establece un compromiso general de los Estados Partes para eliminar la discriminación racial y garantizar “el derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros” (UNITED NATIONS, 1965, art. 5, v).

El derecho a la propiedad también se consideró un problema importante en la lucha para eliminar la discriminación contra la mujer. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (sus siglas en inglés, CEDAW) afirma en su artículo 16 que los Estados Partes deben garantizar “los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso” (UNITED NATIONS, 1979, art. 16).

A pesar de estas menciones de los derechos de propiedad, los principales tratados internacionales de derechos humanos no incluyen una mención específica de los derechos de propiedad sobre la tierra. Y cuando se incluyen tales derechos de propiedad, es sobre todo en el contexto de la no discriminación (CERD y CEDAW). En última instancia, los derechos de propiedad solo se afirman con de forma rotunda en la DUDH, y la conexión con el derecho a la tierra en este contexto sigue siendo precaria, ya que no estaba prevista inicialmente.

3 Derechos sobre la tierra como derechos culturales: los pueblos indígenas

Desde los lugares más diversos y a menudo más remotos del mundo, como el Ártico helado o las selvas tropicales, los pueblos indígenas han reivindicado que su cultura desaparecerá si no se protege firmemente su derecho a la tierra. Aunque las comunidades indígenas sean más diversas, la mayoría comparte una similar relación profundamente enraizada entre su identidad cultural y sus tierras. Muchas de las comunidades indígenas han hecho hincapié, como será presentado a continuación, en que los territorios y las tierras son la base no solo de su subsistencia económica, sino también la fuente de su identidad espiritual, cultural y social.

La conexión entre derechos culturales y derechos sobre la tierra ha sido reconocida por el Comité de Derechos Humanos (CDH), en su interpretación del artículo 27 del PIDCP. Dicho artículo, no hace alusión al derecho a la tierra, *per se*, sino que da énfasis a la conexión entre los derechos culturales y al derecho a la tierra. Sin embargo, el CDH ha desarrollado una protección específica del derecho a la tierra de los pueblos indígenas al enfatizar la evidencia de que, para las comunidades indígenas, su forma particular de vida está asociada con el uso de sus tierras. En una observación general citada a menudo sobre el artículo 27, el CDH afirmó:

Por lo que se refiere al ejercicio de los derechos culturales protegidos por el artículo 27, el Comité observa que la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley.

(UNITED NATIONS, 1994)

La conexión entre protección cultural y derecho a la tierra de los pueblos indígenas ha sido reiterada en numerosas observaciones finales sobre los informes de los Estados y en comunicaciones individuales (SCHEININ, 2000). El planteamiento es que, cuando la tierra tiene una importancia fundamental para el sustento de la cultura, el derecho a disfrutar de la propia cultura requiere la protección de la tierra.

Ese enfoque que vincula derechos sobre la tierra y derechos culturales de los pueblos indígenas se encuentra en la esencia de la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En el caso de la comunidad Awas Tingni contra Nicaragua 2001, el tribunal declaró:

Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

(INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2001, para. 149)

Desde entonces, la CIDH ha desarrollado una jurisprudencia más amplia en derechos sobre la tierra integrándolos en el marco del derecho a la propiedad, el derecho a la vida y el derecho a la salud (ANAYA; WILLIAMS, 2001). Este enfoque del derecho a la tierra se considera a menudo como un *derecho a la integridad cultural*. Aunque el *derecho a la integridad cultural* no aparece en ninguno de los tratados internacionales de derechos humanos, hace referencia a un conjunto de diferentes derechos, como los derechos a la cultura, a la subsistencia, a la vida, a la religión y a la herencia, todos los cuales apoyan la protección de los derechos territoriales.

Esta referencia a la integridad cultural ha encontrado eco en la reciente decisión de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), en el caso relativo a la comunidad Endorois de Kenia. Este caso se refería al desplazamiento forzado de dicha comunidad de sus tierras ancestrales, en el corazón del Gran Valle del Rift, para crear una reserva natural, sumiendo a esa comunidad tradicional de pastores de ganado en la pobreza y empujándolos al borde de la extinción cultural. En este caso, la comunidad indígena afirmó que el acceso a su territorio ancestral, “además de asegurar la subsistencia y los medios de vida, se ve como algo sagrado, que está indisolublemente ligado a la integridad cultural de la comunidad y a su forma de vida tradicional” (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES RIGHTS, 2010, para. 16). En su decisión, la Comisión Africana aceptó la reivindicación de la integridad cultural reconociendo que desplazar a la comunidad indígena de su tierra ancestral suponía una violación de su derecho a la integridad cultural basado en la libertad de religión (artículo 8), el derecho a la cultura (artículo 17) y el acceso a los recursos naturales (artículo 21) de la Carta Africana.

La aparición del derecho de los pueblos indígenas a la *integridad cultural*

señala el establecimiento de una conexión entre el acceso a los territorios ancestrales y la libertad religiosa, los derechos culturales y el derecho a acceder a los recursos naturales. Aunque los derechos a la tierra no están afirmados como tales ni en la Convención Americana ni en la Carta Africana, los órganos regionales de derechos humanos han reconocido la protección del derecho a la tierra como un tema fundamental de derechos humanos de los pueblos indígenas, como parte de un paquete más amplio de derechos que incluyen los derechos de propiedad, los derechos culturales y los derechos sociales. Este enfoque es uno de los reconocimientos más avanzados del derecho a la tierra como derecho humano.

Un esfuerzo paralelo de desarrollo legislativo, que culminó con la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2007, amplió esa evolución jurisprudencial. La declaración dedica varios de sus artículos al derecho a la tierra, convirtiendo tales derechos en una cuestión esencial de derechos humanos para los pueblos indígenas (GILBERT; DOYLE, 2011). El artículo 25 de esa declaración afirma lo siguiente:

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

(UNITED NATIONS, 2007, art. 25).

Si bien la Declaración no es un tratado, los derechos enunciados en ella son un reflejo del derecho internacional contemporáneo en lo tocante a los pueblos indígenas y pone de manifiesto un claro reconocimiento internacional de la importancia de un enfoque basado en los derechos humanos al tratar del derecho a la tierra de los pueblos indígenas.

El Convenio n.º 169 de la OIT sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales integra también un planteamiento basado en los derechos humanos respecto al derecho a la tierra. Dicho convenio afirma en particular que, al aplicar sus disposiciones:

Los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

(INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 1989, art. 13).

Si bien podría decirse que solo un número relativamente pequeño de Estados son parte en el Convenio, ellos son representativos de los países que tienen una mayor población indígena. Además, debido a que más y más Estados lo están ratificando, ese convenio se ha convertido en un importante instrumento jurídico en lo que respecta a los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras.

En general, dentro de una perspectiva más amplia del enfoque de derechos

humanos respecto al derecho a la tierra, la afirmación del mismo como un tema clave de derechos humanos de los pueblos indígenas muestra que: es posible poner en cuestión el enfoque tradicionalmente individualista de los derechos de propiedad y que un enfoque del derecho de propiedad como tal no es suficiente para los pueblos indígenas, ya que no integra la específica unión cultural a sus territorios tradicionales.

4 Derecho a la tierra como una cuestión de igualdad de género

El derecho a la tierra ha sido reconocido como un tema central en la igualdad de género. El derecho a la tierra de las mujeres depende con frecuencia de su estado civil, lo que hace que su seguridad de tenencia dependa de las relaciones con su marido. En las legislaciones nacionales que regulan los derechos de propiedad dentro de la familia, en general se limita el derecho a la tierra a los hombres -en tanto cabeza de familia y detentores exclusivos de la propiedad familiar. Como se destaca en un informe del anterior Relator Especial de la ONU para una Vivienda Adecuada:

En casi todos los países, ya sean ‘desarrollados’ o ‘en desarrollo’, la seguridad jurídica de tenencia de las mujeres depende casi totalmente de los hombres a los que están asociadas. Los hogares encabezados por mujeres y las mujeres en general tienen una seguridad mucho menor que los hombres. Muy pocas mujeres poseen tierra. Una mujer separada o divorciada sin tierra y con una familia que cuidar acaba con frecuencia en los barrios marginales de las ciudades, donde la seguridad de tenencia es, en el mejor de los casos, cuestionable.

(UNITED NATIONS, 2003, p. 9)

En virtud de su enfoque en las *mujeres rurales*, el artículo 14 de la CEDAW hace mención específica de los derechos territoriales. Al invitar a los Estados Partes a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales, el artículo 14 pide a los Estados que garanticen que las mujeres tengan “acceso a los créditos y préstamos agrícolas, a los servicios de comercialización y a las tecnologías apropiadas, y recibir un trato igual en los planes de reforma agraria y de reasentamiento” (FOOD AND AGRICULTURAL ORGANISATION OF THE UNITED NATIONS. 1979, art. 14 (2) g). Como se destacó previamente, este artículo posee la única mención específica del derecho a la tierra en los nueve tratados internacionales fundamentales de derechos humanos. Sin embargo, la referencia al derecho a la tierra sigue siendo marginal, ya que el objetivo principal de dicho artículo es garantizar que las mujeres no sean discriminadas en la reforma agraria, y no hace un llamamiento en pos de una reforma general de las desiguales leyes sobre la tierra.

El artículo 16 de la CEDAW, centrándose en la eliminación de la discriminación en la familia, invita a los Estados Partes a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que ambos cónyuges tengan los mismos derechos en materia de “propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de

los bienes” (FOOD AND AGRICULTURAL ORGANISATION OF THE UNITED NATIONS, 1979, art. 16). Aunque no menciona directamente el derecho a la tierra, la referencia a la propiedad y la posesión podría verse como implícita en lo referente a la propiedad de tierras. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante el “Comité de la CEDAW”) ha puesto de relieve específicamente esa conexión en su recomendación general nº 21 sobre “La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares”, que se centra en gran medida en el artículo 16. Esa Recomendación General establece:

En los países que están ejecutando un programa de reforma agraria o de redistribución de la tierra entre grupos de diferente origen étnico, debe respetarse cuidadosamente el derecho de la mujer, sin tener en cuenta su estado civil, a poseer una parte igual que la del hombre de la tierra redistribuida.

(UNITED NATIONS, 1994, par. 27).

A pesar de la referencia al derecho a la tierra en los artículos 14 (de forma explícita) y 16 (implícita), es evidente que tales derechos siguen siendo marginales en la Convención. El Comité de la CEDAW, sin embargo, ha tenido un acercamiento activo a la cuestión de los derechos a la tierra para las mujeres. En particular, en sus observaciones finales, el Comité ha demostrado la centralidad del derecho a la tierra en el cumplimiento de los derechos humanos de las mujeres, puesto que el derecho a la tierra figura en casi todas las observaciones finales del Comité. Analizando algunas de las recientes observaciones finales del Comité pueden ser identificadas cuestiones clave cuando se trata de los derechos de las mujeres sobre la tierra. Uno de los temas es la garantía de no discriminación en el acceso a la tierra tanto en los sistemas jurídicos consuetudinarios como en los formales. En sus últimas observaciones finales sobre Zimbabue, por ejemplo, el Comité expresó su preocupación “por la prevalencia de costumbres y prácticas tradicionales discriminatorias que impiden a las mujeres, en particular a las mujeres rurales, heredar o adquirir la propiedad de la tierra y otras propiedades” (UNITED NATIONS, 2012, para. 35).

Dicha situación no es exclusiva de Zimbabue; el Comité ha hecho comentarios similares en informes recientes sobre Jordania, Chad y República del Congo. En todos los casos, ha puesto de relieve que los gobiernos tienen una obligación positiva de garantizar que los sistemas jurídicos y las prácticas familiares informales no discriminen a las mujeres en su acceso al derecho a la tierra. Asimismo, el Comité identificó desigualdad *de facto* en los sistemas formales de registro de la tierra, que ofrecen algún tipo de reconocimiento a los sistemas tradicionales, ya sea directa o indirectamente, apoyan prácticas que favorecen a los hombres y sitúan a las mujeres en una posición de desventaja, perpetuando los regímenes de tenencia basados en el supuesto de la unidad de familia y de comunidad.

Otro tema recurrente en las observaciones finales del Comité de la CEDAW es la estrecha relación entre el acceso al derecho a la tierra y los medios de subsistencia, como alimentos y agua. En el caso de Nepal, por ejemplo, el Comité ha invitado al gobierno a “garantizar la igualdad de acceso de las mujeres a los recursos y alimentos

nutritivos mediante la eliminación de las prácticas discriminatorias, garantizando los derechos de propiedad de la tierra para las mujeres y facilitando su acceso al agua potable y al combustible” (UNITED NATIONS, 2011, para. 38). Las mujeres, especialmente en las comunidades rurales, han expresado a menudo que el derecho a la tierra tiene que entenderse como un elemento central para el acceso al agua, los alimentos y la salud, y que tales derechos son un elemento central para apoyar, no solo sus medios de vida, sino también a sus hijos y sus familias. Los trabajos del Comité muestran que el derecho a la tierra y la seguridad de la tenencia de la tierra para las mujeres son un elemento esencial de las condiciones de vida de las mujeres y del empoderamiento económico.

La conexión entre el acceso a los medios de vida y el derecho a la tierra se refleja en el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres en África, adoptado en 2003. El Protocolo a la Carta Africana hace referencia en dos ocasiones al derecho a la tierra como un asunto de los derechos de las mujeres. El primero se refiere al acceso a una alimentación adecuada. El artículo 15 declara que:

Los Estados Partes se asegurarán de que las mujeres tengan derecho a una alimentación nutritiva y adecuada. En este sentido, tomarán las medidas necesarias para proporcionar a las mujeres acceso a agua potable limpia, a fuentes de combustible doméstico, a tierra y a medios de producción de alimentos nutritivos.

(AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, 2003, para. a).

El segundo hace referencia al derecho al desarrollo sostenible. El artículo 19, dedicado a los derechos de las mujeres a gozar plenamente de su derecho a un desarrollo sostenible, invita a los Estados a “promover el acceso de las mujeres a los recursos productivos y a su control, como el acceso a la tierra, y garantizar su derecho a la propiedad” (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, 2003, para. c). El abordaje del derecho a la tierra desde los derechos de las mujeres vincula el acceso a la tierra no solo a la no discriminación, sino también a la reducción de la pobreza y al empoderamiento económico. Como se recoge en un reciente informe elaborado para la Comisión Nacional de Derechos Humanos de la India:

La tierra, además de ser un recurso productivo, proporciona también un alto grado de seguridad y estabilidad socioeconómica. El control y la propiedad de la tierra por las mujeres también sirve como un recurso de empoderamiento y ayuda a equilibrar las dinámicas de género, sobre todo en sociedades tradicionalmente patriarcales.

(KOTHARI; KARMALI; CHAUDHRY, 2006, p. 28).

Esto se refleja en el trabajo de diversas instituciones internacionales y organizaciones no gubernamentales que han centrado cada vez más su labor en el derecho a la tierra como parte de sus estrategias de reducción de la pobreza y de empoderamiento de las mujeres (BUDLENDER; ALMA, 2011).

5 Derecho a la tierra como derecho a la vivienda

El derecho a la vivienda se inscribe en varios instrumentos internacionales de derechos humanos. Entre ellos se encuentran el PIDESC (artículo 11, párr. 1), la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 27, párr. 3), y las disposiciones sobre no discriminación que figuran en el artículo 14 párrafo 2(h) de la CEDAW y en el artículo 5(e) de la CERD. El artículo 25 de la DUDH incluye el derecho a la vivienda como parte del derecho más amplio a un nivel de vida adecuado. Por lo tanto, el derecho a la vivienda se considera a menudo como el derecho a una vivienda *adecuada*.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Comité DESC) ha dedicado gran parte de su trabajo al derecho a una vivienda adecuada. En su Observación General n° 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada, el Comité DESC destacó que “aunque la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climáticos, ecológicos y de otro tipo” (UNITED NATIONS, 1991, par. 8), existen algunos factores universales fundamentales para determinar el contenido de ese derecho. El Comité ha identificado siete factores comunes, el primero de los cuales es la seguridad jurídica de la tenencia.² Aunque la seguridad de la tenencia adopta varias formas, incluyendo el alojamiento de alquiler (público y privado), la vivienda cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, también se refiere a la seguridad del derecho sobre las tierras.

El Comité se ha centrado especialmente en la situación de las personas sin tierra, destacando de qué manera la falta de acceso a la tierra incide fundamentalmente en la realización de su derecho a una vivienda adecuada. El Comité DESC señaló que “los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho” (UNITED NATIONS, 1991, par. 8 (e)). También agregó que “en muchos Estados Partes, el mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la sociedad, debería ser el centro del objetivo de la política” (UNITED NATIONS, 1991, par. 8 (e)). Este enfoque pone de relieve que la realización del derecho a una vivienda adecuada implica necesariamente la garantía por parte de los gobiernos tanto del acceso como de la seguridad de la tenencia de la tierra para las personas que carecen de ella.

El enfoque en la seguridad de la tenencia y el acceso a la tierra como elementos esenciales del derecho a la vivienda es también una característica central en la labor del Relator Especial de la ONU para una Vivienda Adecuada. Miloon Kothari, antiguo Relator Especial de la ONU, quien ha puesto un gran énfasis en la importancia del reconocimiento de que el derecho a la tierra constituye un aspecto central del derecho a la vivienda. El Relator Especial identificó una laguna normativa referente al derecho a la tierra dentro de los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando se trataba de proteger el derecho a la vivienda adecuada. Como se indicó en el informe de 2007:

Durante todo su trabajo, el Relator Especial ha tratado de identificar qué elementos afectan positiva o negativamente a la realización del derecho a una vivienda adecuada. La tierra en tanto que derecho con frecuencia es un elemento esencial, necesario para comprender el grado de violación y la medida de realización del derecho a una vivienda adecuada.

(UNITED NATIONS, 2007b, para. 25).

El Relator Especial hizo un llamamiento al Consejo de Derechos Humanos para que se reconozca el derecho a la tierra como un derecho humano y para fortalecer su protección en la legislación internacional de derechos humanos.

La conexión entre la vivienda y el derecho a la tierra ha sido particularmente fundamental para la labor del Relator Especial en el ámbito de los derechos de la mujer a la vivienda. A raíz de una resolución adoptada por la anterior Comisión de Derechos Humanos, el Relator Especial inició un estudio más amplio sobre derechos de la mujer para acceder a una propiedad y a una vivienda adecuada. Una de las conclusiones centrales del informe es que la falta de reconocimiento del derecho a la tierra de las mujeres afecta directamente a su derecho a una vivienda adecuada. El Relator Especial también puso de relieve la estrecha relación entre la violencia contra las mujeres y el derecho a una vivienda adecuada, y que el reconocimiento del derecho a la tierra para las mujeres podría desempeñar un papel positivo contra la violencia doméstica.

La vivienda y el derecho a la tierra también están interrelacionados, en el enfoque de derechos humanos, a los desalojos forzosos. La Observación General No. 7 del Comité DESC define los desalojos forzosos como:

El hecho de hacer salir a personas, familias o comunidades de los hogares o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos.

(UNITED NATIONS, 1997, para. 3).

Los desalojos forzosos suelen estar relacionadas con la ausencia de la tenencia jurídicamente segura, que, como mencionado anteriormente, constituye un elemento esencial del derecho a una vivienda adecuada. Por lo tanto, los desalojos forzosos son, a primera vista, violaciones del derecho humano a una vivienda adecuada. Tanto las Directrices Completas para los Derechos Humanos en Relación con los Desplazamientos Basados en el Desarrollo, como los Principios Básicos y Directrices sobre los Desalojos y el Desplazamiento, adoptan una definición similar de los desalojos forzosos, que incluye la pérdida de tierras.

El vínculo entre el desalojo forzoso y la violación del derecho a la tierra desempeñó un papel importante en la decisión de la CADHP en el caso de la comunidad Endorois contra Kenia. La Comisión puso de relieve que la falta de reconocimiento y respeto del derecho a la tierra de la comunidad indígena en su desplazamiento llevaron a su desalojo forzoso, lo cual supuso una violación al artículo 14 de la Carta Africana (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES RIGHTS, 2010, para. 200). Para llegar a esa decisión, la Comisión hizo

referencia directa a las normas señaladas por el Comité DESC de la ONU en su Observación General No. 4 sobre el derecho a la vivienda y en la Observación General No. 7 sobre los desalojos y el derecho a la vivienda, destacando que el derecho a la tierra está directamente relacionado tanto con el derecho a la vivienda como con la prohibición de los desalojos forzados. La sociedad civil también ha destacado la conexión entre el derecho a la vivienda y el derecho a la tierra, con la creación de la Red de Derechos a la Vivienda y a la Tierra.³

En general, la conexión entre los derechos a la vivienda y a la tierra parece ser una característica importante del derecho en materia de derechos humanos, y conlleva un aspecto positivo y otro negativo. El positivo es que el derecho a la tierra se considera un elemento esencial para la consecución del derecho a la vivienda; y el negativo es que el despojo de las tierras podría calificarse como desalojo forzoso en violación directa del derecho a la vivienda. Si bien este enfoque es claramente lógico, sigue estando limitado a un aspecto particular del derecho a la tierra, que es sostener el derecho a la vivienda; no obstante, no se incluyen los demás aspectos cruciales del derecho a la tierra, en particular los aspectos culturales, sociales y espirituales.

6 Derecho a la tierra como acceso a una alimentación adecuada

A diferencia del derecho a la tierra, el derecho a la alimentación se afirma categóricamente en el derecho internacional de derechos humanos. El artículo 25 de la DUDH dice que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, “incluyendo a la alimentación”. El artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) hace especial referencia al derecho a la alimentación, al afirmar expresamente el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, “incluyendo una alimentación adecuada”. El artículo 11(2) proclama el “derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre”, y el artículo 11(2)(a) obliga a los Estados a “mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos”, en particular mediante la reforma de los regímenes agrarios, de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; y el artículo 11(2)(b) exige la aplicación de “una distribución equitativa de los alimentos mundiales.”

Probablemente, la conexión más directa con el derecho a la tierra en el Pacto provenga de la referencia a la necesidad de:

Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos... mediante el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales.

(UNITED NATIONS, 1966a, art. 11).

Varias referencias al derecho sobre las tierras se pueden encontrar en la Observación General No. 12 del Comité DESC de la ONU sobre el derecho a la alimentación. En su Observación General, el Comité declaró: “El derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer y niño, ya sea solo o en común con

otros, tiene acceso físico y económico en todo momento a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla” (UNITED NATIONS, 1999, art. 11, par. 6).

Al considerar que las “raíces del problema del hambre y la desnutrición no son la falta de alimentos, sino la falta de acceso a los alimentos disponibles” (UNITED NATIONS, 1999, art. 11, para. 5), la Observación General No. 12 sobre el derecho a una alimentación adecuada indica que por disponibilidad “se entienden las posibilidades que tiene el individuo de alimentarse ya sea directamente, explotando la tierra productiva u otras fuentes naturales” (UNITED NATIONS, 1999, art. 11, para. 12), o por sistemas de mercado que funcionen y abastezcan de alimentos. Esa Observación General comenta, además, que garantizar el acceso a “los alimentos o a los recursos destinados a alimentos” requiere que los Estados apliquen un acceso completo y equitativo a los recursos económicos, especialmente para las mujeres, incluido el derecho a heredar y a poseer tierras.

La conexión entre los derechos a la alimentación y a la tierra es también una parte importante del mandato del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación (del actual y del anterior). El anterior Relator Especial, Jean Ziegler, destacó que “el acceso a la tierra es uno de los elementos clave necesarios para erradicar el hambre en el mundo”, y señaló que “muchos campesinos pasan hambre ya sea porque no tienen tierras, no tienen tenencia segura o sus propiedades son tan pequeñas que no pueden cultivar suficiente comida para alimentarse a sí mismos” (UNITED NATIONS, 2002, para. 22). Varios de sus informes han demostrado que la discriminación en el acceso al derecho a la tierra puede tener un impacto directo en la realización del derecho a la alimentación. En su informe sobre la situación en la India, Ziegler señaló que:

La discriminación generalizada impide a los Dalits la propiedad de la tierra, ya que son vistos como la ‘clase trabajadora’, e incluso si reciben la tierra (como resultado de los programas de redistribución y reforma agraria en algunos estados), esa tierra a menudo se toma a la fuerza por castas superiores de la zona.

(UNITED NATIONS, 2006c, para. 11).

La carencia de tierras entre los *Dalits* es una característica común en la economía rural, puesto que la casta superior y los ricos terratenientes controlan las tierras, lo cual afecta directamente a la realización de su derecho a la alimentación.

Más recientemente, la conexión entre el derecho a la tierra y a la alimentación ha resultado aún más clara en el contexto de la adquisición de tierras a gran escala, con la llamada *apropiación de tierras* a nivel mundial (TAYLOR, 2009). Tras la crisis alimentaria mundial de 2008, varios de los mayores Estados importadores de alimentos y exportadores de capital perdieron confianza en el mercado mundial como fuente estable y confiable de alimentos y aceleraron el proceso de adquisiciones a gran escala de tierras agrícolas adecuadas (COTULA et al., 2009). En otras palabras, estos gobiernos con “inseguridad alimentaria”, que dependen de las importaciones de productos agrícolas, han comenzado una política de adquisición de grandes extensiones de tierras agrícolas en el extranjero para su propia producción de alimentos fuera del país y también para aumentar sus inversiones en las cada vez

más valiosas tierras agrícolas extranjeras. Dentro de este contexto, el derecho a la tierra pasó a verse por algunos como un elemento clave para asegurar la garantía del derecho a la alimentación de la población local. Por ejemplo, el actual Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Olivier de Schutter, ha mostrado en un informe reciente una conexión directa del derecho a la alimentación con la cuestión de la adquisición de tierras a gran escala:

El derecho humano a la alimentación sería violado si las personas que dependen de la tierra para su sustento, como los pastores, fueran dejados sin acceso a la tierra, y sin alternativas adecuadas; si los ingresos locales no fueran suficientes para compensar los efectos de los precios resultantes de la transición hacia la producción de alimentos para la exportación; o si los ingresos de los pequeños agricultores locales fueran a caer tras la llegada a los mercados nacionales de alimentos a precios muy económicos, producidos en las plantaciones a gran escala más competitivas surgidas gracias a la llegada de los inversores.

(UNITED NATIONS, 2009, para. 4)

Además, el análisis del relator especial insta a todas las partes interesadas (gobiernos, inversores y comunidades locales) a que adopten un enfoque más estructural, que ponga en el centro de las negociaciones las normas en materia de derechos humanos. El Relator Especial ha propuesto once principios mínimos dirigidos a los inversores, los Estados de origen, los Estados anfitriones, las poblaciones locales, los pueblos indígenas y la sociedad civil. Dos de los principios propuestos guardan una relación directa con el derecho a la tierra:

Principio 2. La transferencia del uso de la tierra o de la propiedad solo puede tener lugar con el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades locales. Esto es particularmente relevante para las comunidades indígenas, dada su experiencia histórica de despojo.

Principio 3. Los Estados deberán promulgar leyes que protejan el derecho a la tierra, incluyendo los títulos individuales o de inscripción colectiva del uso de la tierra con el fin de garantizar una protección jurídica completa.

(UNITED NATIONS, 2009)

Por lo tanto, el Relator Especial ha argumentado que, en nombre de la protección del derecho a la alimentación de los más desfavorecidos, los Estados deben garantizar la seguridad de la tenencia de la tierra de sus agricultores y de las comunidades locales, así como poner en marcha políticas destinadas a garantizar un acceso más equitativo a ella (DE SCHUTTER, 2011). Aunque esta interacción entre el acceso a la tierra y el derecho a la alimentación se haya agudizado particularmente con el actual fenómeno de *apropiación de la tierra*, ese movimiento de inversión a gran escala en tierras agrícolas solo está poniendo de relieve que el ejercicio del derecho a la alimentación implica necesariamente la protección del derecho a la tierra.

Recientemente, más referencias directas al derecho a la tierra han comenzado a aparecer en la labor de otras organizaciones internacionales que se ocupan de

la seguridad alimentaria. Por ejemplo, en 2004, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) publicó sus Directrices Voluntarias en Apoyo de la Realización Progresiva del Derecho a una Alimentación Adecuada en el Contexto de la Seguridad Alimentaria Nacional (FOOD AND AGRICULTURAL ORGANISATION OF THE UNITED NATIONS, 2004). Las directrices se basan en todos los instrumentos internacionales importantes que hacen referencia al derecho a la alimentación, y proponen 19 principios rectores para ayudar a los Estados a asegurar la realización progresiva del derecho a la alimentación. La Directriz 8 (B) trata específicamente del derecho a la tierra de las mujeres y los pueblos indígenas como un elemento importante para garantizar la realización del derecho a la alimentación. En términos más generales, varias organizaciones que trabajan en temas relacionados con la seguridad alimentaria han empezado a reconocer la necesidad de centrar su trabajo y sus campañas en la protección del derecho a la tierra en el marco de la realización del derecho a la alimentación (MIGGIANO; TAYLOR; MAURO, 2010).

7 Conclusión

Un acercamiento al derecho a la tierra basado en los derechos humanos es esencial para hacer frente a las situaciones de preconflicto, conflicto y posconflicto. Tal como lo demuestran las situaciones en Sudáfrica, Uganda, Guatemala y Zimbabue, los problemas en relación con la tierra y las reformas agrarias suelen estar en el centro de conflictos violentos y, como tales, son elementos clave en la transición del conflicto a la paz. También, recientemente han surgido conflictos de tierras en Indonesia, y las adquisiciones recientes de tierras a gran escala amenazan la estabilidad de Camboya.

En muchos sentidos, esas tensiones en torno al derecho a la tierra no son nuevas: la historia de la humanidad ha evolucionado en torno a ese tipo de conflictos, ya que probablemente todas las guerras siempre involucraron algún tipo de disputa territorial. También existe una fuerte relación entre el uso, el acceso y la propiedad de la tierra, por un lado, y el desarrollo y la reducción de la pobreza, por el otro. Las crecientes crisis agrarias alimentadas por el fracaso de las medidas de reforma agraria, la toma de control de las tierras por parte de empresas, la privatización de servicios básicos, el incremento en los desplazamientos inducidos por el desarrollo y la usurpación de las tierras agrícolas de los pequeños agricultores no dejan de contribuir a que los derechos territoriales se conviertan gradualmente en un tema central de la justicia social y los derechos humanos.

Mientras la tierra se mercantiliza cada vez más como un bien exclusivamente comercial, un enfoque de derechos humanos sobre el derecho a la tierra aporta otra perspectiva al valor de la tierra como un bien social y cultural y, sobre todo, como un derecho humano fundamental. Debido a que el acceso tradicional y los derechos de propiedad de las mujeres, las minorías, los migrantes y los pastores se han ignorado o reducido en este contexto, esas poblaciones reivindican cada vez más que sus derechos a la tierra son parte de sus derechos humanos fundamentales. Bajo el lema *el derecho a la tierra es un derecho humano*, estas poblaciones están

reinvidicando cada vez más que las tierras no solo representan un valioso activo económico, sino que también son una fuente de identidad y cultura.

Sin embargo, con las notables excepciones de los derechos de la mujer y los derechos de los pueblos indígenas, el derecho a la tierra no se encuentra en los tratados de derechos humanos. Como hemos visto en este artículo, los derechos a la tierra se consideran elementos esenciales para la realización de otros derechos humanos. La conexión entre el derecho a la tierra y el derecho a la alimentación parece estar adquiriendo cierta importancia, a partir de una visión del derecho a la tierra como elemento esencial para la realización del derecho a la alimentación. Un enfoque muy similar al derecho a la tierra se ha desarrollado bajo la bandera del derecho a la vivienda. En ambos casos, el derecho a la tierra ha sido identificado como un portal para la realización de otros derechos fundamentales.

Sin duda, estos ejemplos representan un avance importante en el derecho internacional de los derechos humanos. Resulta paradójico, sin embargo, que a pesar de la visión cada vez más aceptada de que la realización de los derechos humanos fundamentales (alimentación y vivienda) depende cada vez más del derecho a la tierra, este derecho no se considera fundamental, ya que no está recogido en los tratados internacionales, a pesar de los llamamientos de la sociedad civil, los activistas y las organizaciones no gubernamentales internacionales, el derecho sobre la tierra aún no está incluido en los tratados internacionales fundamentales de derechos humanos.⁴ Uno podría preguntarse si el derecho sobre derechos humanos no supone empezar la casa por el tejado, con la afirmación de que los derechos sobre la tierra son fundamentales sin antes estar claramente incorporados ni afianzados en el marco legal.

Probablemente, el derecho a la tierra sea inherentemente conflictivo, por ser una importante fuente de riqueza, cultura y vida social. La distribución y el acceso a la tierra no son políticamente neutrales, y el derecho a la tierra afecta globalmente a la base económica y social de la sociedad. Además, las diferentes facetas económicas, sociales y culturales del derecho a la tierra crean tensiones entre los distintos intereses, especialmente entre la necesidad de proteger a los *propietarios* a la vez que proporcionar también algunos derechos a las *personas sin tierra*. Por último, el derecho a la tierra es un elemento esencial del crecimiento económico y, por ende, afectan a una amplia gama de partes interesadas, incluidos poderosos inversores extranjeros.

En última instancia, el registro y la gestión de las tierras seguirán siendo competencia de la legislación nacional de cada país, pero un instrumento internacional en el derecho humano a la tierra influenciará en la legislación sobre la tierra y la reforma agraria en los países. Un abordaje de derechos humanos puede ser una herramienta importante para garantizar que tanto el valor económico como el valor cultural de la tierra sean reconocidos y que los derechos de los pueblos sobre sus tierras sean respetados como un derecho fundamental. Los pueblos indígenas han tenido éxito en la reivindicación de sus derechos fundamentales sobre la tierra y han logrado incluir los derechos a la tierra en el léxico de los derechos humanos. Esta evolución tan sumamente positiva podría ser un indicador de que ha llegado la hora de que la comunidad de derechos humanos reivindique el derecho a la tierra como uno de los derechos humanos fundamentales para todos, quienes tienen y no tienen tierras.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS. 2003. **Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights**. 11 July. Disponible en: <http://www.achpr.org/instruments/women-protocol/>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- ANAYA, S. James.; WILLIAMS, Robert A. 2001. The protection of indigenous peoples' rights over Lands and natural resources under the inter-american human rights system. **Harvard Human Rights Journal**, Cambridge, MA, v. 14, p. 33-86, Spring.
- ALLEN, Tom. 2007. Property as a fundamental right in India, Europe and South Africa. **Asia-Pacific Law Review**, v. 15, no. 2, p. 193-218.
- BUDLENDER, Debbie; ALMA, Eileen. (2011). **Women and Land: Women Securing Rights for Better Lives**. Ottawa: International Development Research Centre (IDRC). Disponible en: <<http://www.idrc.ca/EN/Resources/Publications/Pages/IDRCBookDetails.aspx?PublicationID=1014>>. Visitado en: Mar. 2013.
- CASSIN, René. 1972. **Receuil des cours**. The Hague: Academy for International Law.
- COTULA, Lorenzo et al. 2009. **Land grab or development opportunity?: Agricultural investment and international land deals in Africa**. London; Rome: IIED/FAO/IFAD.
- DAUDELIN, Jean. 2003. **Land and violence in post-conflict situations**. Unpublished paper for the North-South Institute and the World Bank. Ottawa: Carleton University.
- DE SCHUTTER, Olivier. 2011. **The green rush: the global race for farmland and the rights of land users**. **Harvard International Law Journal**, v. 52, p. 504-559.
- FAY, Derick; JAMES, Deborah (Eds.). 2008. **The rights and wrongs of land restitution: 'restoring what was ours'**. Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge-Cavendish.
- FOOD AND AGRICULTURAL ORGANISATION OF THE UNITED NATIONS (FAO). 2002. **Land tenure and rural development**. Rome. (FAO Land Tenure Studies, 3).
- _____. 2004. **Voluntary guidelines to support the progressive realization of the right to adequate food in the context of national food security: adopted by the 127th Session of the FAO Council, November 2004**. Rome.
- GILBERT, Jérémie. 2007. **Indigenous peoples' land rights under international law: from victims to actors**. Ardsley, NY: Brill.
- GILBERT, Jérémie; DOYLE, Cathal. 2011. A new dawn over the Land: Shedding Light on Indigenous Peoples' Land Rights. In: ALLEN, Stephen; XANTHAKI, Alexandra (Eds.). 2011. **Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples**. Oxford; Portland, Or.: Hart Pub.
- HUSSEIN, Hussein Abu; MCKAY, Fiona. 2003. **Access denied: Palestinian land rights in Israel**. London; New York: Zed Books.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. 1989. **Convention No. 169 on the Rights of Indigenous and Tribal Peoples**. Geneva, 76th ILC session, 7 June. Disponible en: <<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--en/index.htm>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.

- INTERNATIONAL LAND COALITION (ILC). 2003. **Towards a common platform on access to land: the catalyst to reduce rural poverty and the incentive for sustainable natural resource management.** Rome.
- _____. 2009. **Kathmandu Declaration – Securing Rights to Land for Peace and Food Security.** Disponible en: <http://www.landcoalition.org/sites/default/files/legacy/legacypdf/09_Katmandu_declaration_E.pdf?q=pdf/09_Katmandu_declaration_E.pdf>. Visitado el: 23 Mayo 2013.
- KOTHARI, Miloon; KARMALI, Sabrina; CHAUDHRY, Shivani. 2006. **The human right to adequate housing and land.** New Delhi: National Human Rights Commission.
- LECKIE, Scott (Ed.). 2008 **Housing, land, and property rights in post-conflict United Nations and other peace operations: a comparative survey and proposal for reform.** New York: Cambridge University Press.
- MIGGIANO, Luca; TAYLOR, Michael; MAURO, Annalisa. 2010. **Links between Land Tenure Security and Food Security.** Rome: International Land Coalition.
- PLANT, Roger. 1993. Land rights in human rights and development: introducing a new ICJ initiative. **International Commission of Jurists Revue**, Geneva, Switzerland, no. 51, p. 10-30, Dec.
- SCHABAS, William A. 1991. The omission of the right to property in the international covenants. **Hague Yearbook of International Law**, v. 4, p. 135-160.
- SCHEININ, Martin. 2000. The right to enjoy a distinct culture: indigenous and competing uses of land. In: ORLIN, Theodore. S.; ROSAS, Allan; SCHEININ, Martin. 2000. **The jurisprudence of human rights law: a comparative interpretive approach.** Turku/Abo: Abo Akademia University.
- TAYLOR, Michael. 2009. The global 'land grab': mitigating the risks and enhancing the opportunities for local stakeholders. Rome: International Land Coalition.
- UNITED NATIONS. 1948. **Universal Declaration of Human Rights.** General Assembly, resolution 217 A (III), Paris, 10 December. Disponible en: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 1965. **International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.** General Assembly, resolution 2106 (XX), 21 December. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 1966a. **International Covenant on Civil and Political Rights.** General Assembly, resolution 2200A (XXI), 16 December. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 1966b. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.** General Assembly, resolution 2200A (XXI), 16 December. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 1979. **The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.** General Assembly, resolution 34/180, 18 December. Disponible en: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 1989. **Convention on the Rights of the Child.** General Assembly, resolution

44/25, 20 November. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.

- _____. 1990. **International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families**. General Assembly, resolution 45/158 of 18 December. Disponible en: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmw.htm>>. Visitado el: 23 May 2013.
- _____. 1991. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). **General Comment No. 4 - The right to adequate housing (Art. 11 (1) of the Covenant)**. UN Doc. E/1992/23, 13 December. Disponible en: <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/469f4d91a9378221c12563ed0053547e>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 1993. Commission on Human Rights (CHR). **Forced evictions** 'Comission on Human Rights Resolution, UN Doc., E/CN.4/1993/77. Disponible en: <http://www.unhabitat.org/downloads/docs/1341_66115_force%20evic%20chr1.htm>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 1994a. Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW). **General Recommendation No. 21 - 'Equality in marriage and family relations'**. UN Doc. A/49/38 at 1. 13th session. Disponible en: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 1994b. Human Rights Committee (HRC). **General Comment No. 23: the rights of minorities (Art. 27)**, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5. Disponible en: <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/fb7fb12c2fb8bb21c12563ed004df111>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 1997. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). **General Comment No. 7 - The right to adequate housing (Art.11.1): forced evictions**. Sixteenth session, 20 May. Disponible en: <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/959f71e476284596802564c3005d8d50>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 1999. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). **General Comment No. 12: the right to adequate food (Art. 11 of the Covenant)**. 12 May. Disponible en: <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/3d02758c707031d58025677f003b73b9>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 2002. **Report of the Special Rapporteur on the right to food, Jean Ziegler**, UN Doc. A/57/356 (2002). Disponible en: <<http://www.righttofood.org/wp-content/uploads/2012/09/A573561.pdf>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 2003. **Special Rapporteur on adequate housing. Study on women and adequate housing**. E/CN.4/2003/55, 26 March. Disponible en: <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.2003.55.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.2003.55.En?Opendocument)>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 2005. Commission on Human Rights. **Women's equal ownership of, access to and control over land and the equal rights to own property and to adequate housing**. Commission on Human Rights, resolution 2005/25, E/CN.4/RES/2005/25. Disponible en: <http://www.unhabitat.org/downloads/docs/1371_16562_WR7.htm>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 2006a. **Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, Miloon Kothari**, E/CN.4/2006/41,

21 March. Disponible en: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/168/35/PDF/G0516835.pdf?OpenElement>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.

- _____. 2006b. **Report by the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination, Miloon Kothari**, UN Doc. E/CN.4/2006/118. Disponible en: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/111/66/PDF/G0611166.pdf?OpenElement>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 2006c. **Report of the Special Rapporteur on the right to food, Jean Ziegler, Addendum, Mission to India (20 August- 2 September 2005)**, E/CN.4/2006/44/Add.2, 20 March. Disponible en: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/119/16/PDF/G0611916.pdf?OpenElement>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 2006d. **International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance**. General Assembly, resolution A/RES/61/177. 20 December. Disponible en: <http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&lang=en>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 2006e. **The Convention on the Rights of Persons with Disabilities**. General assembly, resolution A/61/611. 13 December. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/DisabilityIndex.aspx>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 2007a. **Basic principles and guidelines on development-based evictions and displacement contained in Annex I of the report of the Special Rapporteur**, UN Doc. A/HRC/4/18. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/Guidelines_en.pdf>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 2007b. **Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, Miloon Kothari**, UN Doc. A/HRC/4/18, 5 February. Disponible en: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/106/28/PDF/G0710628.pdf?OpenElement>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 2007c. **Declaration on the Rights of Indigenous Peoples**. [without reference to a Main Committee (A/61/L.67 and Add.1)]. General Assembly, resolution 61/295. 13 September. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 2009. **Report of the Special Rapporteur on the right to food, Olivier de Schutter, Large-scale land acquisitions and leases: a set of minimum principles and measures to address the human rights challenge**, UN Doc. A/HRC/33/13/Add.2, 28 Dezebmbro. Disponible en: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A-HRC-13-33-Add2.pdf>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 2011. **Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW). Concluding observations of the Committee, Nepal**. UN Doc. CEDAW/C/NPL/CO/4-5, 11 August. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW-C-NPL-CO-4-5.pdf>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.
- _____. 2012. **Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW). Concluding observations of the Committee, Zimbabwe**. UN. Doc. CEDAW/C/ZWE/CO/2-5, 1 March. Disponible en: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW-C-ZWE-CO-2-5.pdf>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.

UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME (UN-HABITAT). 2008. **Secure land rights for all**. Nairobi, Kenya: UN-HABITAT; Global Land Tool Network (GLTN).

WALDRON, Jeremy. 1988. **The right to private property**. Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press.

Jurisprudencia

AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES RIGHTS (ACHPR). 2010. **Communication 276/2003**, Centre for Minority Rights Development (CEMIRIDE) and Minority Rights Group International (MRG) (on behalf of the Endorois) v Kenya (decision of Feb., 2010).

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (IACtHR). 2001. **The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua**, Inter-Am. Ct. H.R., (Ser. C) No. 79, Judgment of August 31. Disponible en: <<http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/AwasTingnicase.html>>. Visitado el: 01 Mar. 2013.

NOTAS

1. El artículo 14 de la CEDAW, dedicado a los derechos de las mujeres rurales, afirma que las mujeres deben "tener acceso a los créditos y préstamos agrícolas, a los servicios de comercialización y a las tecnologías apropiadas, y recibir un trato igual en los planes de reforma agraria y de reasentamiento". Los nueve tratados fundamentales de derechos humanos son: la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares;

la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

2. Los otros son: disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; asequibilidad; habitabilidad; accesibilidad para los grupos desfavorecidos; y la ubicación y la adecuación cultural.

3. Véase: <<http://www.hlrn.org/>>. Visitado en: Mayo 2013

4. Para ver ejemplos: Declaración de Katmandú: Asegurando los Derechos a la Tierra para la Paz y la Seguridad Alimentaria (2009); Declaración de Bali sobre Derechos Humanos y de las Industrias Agrocomerciales en el Sudeste Asiático (2011) y también: Informe del Relator Especial sobre una Vivienda Adecuada como parte del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado, Miloon Kothari, UN Doc. A/HRC/4/18 (Feb. 5, 2007), para, 31-33.

ABSTRACT

Land rights have received some attention as an issue concerning property rights and have been considered a specifically important right for indigenous peoples and women, but a right to land is absent from all international human rights instruments. This article reviews how land rights have been approached from five different angles under international human rights law: as an issue of property right, as a specifically important right for indigenous peoples; as an ingredient for gender equality; and as a rallying slogan against unequal access to food and housing. By examining these different approaches, the article proposes to identify the place of land rights within the international human rights instruments and jurisprudence as well as to examine why they have not been – and whether they should be – included in such documents as a stand-alone and specific right to land.

KEYWORDS

Land rights – Women – Indigenous peoples – Right to food – Right to housing

RESUMO

O direito à terra tem atraído certa atenção como uma questão relacionada ao direito à propriedade e tem sido considerado um direito especificamente importante dos povos indígenas e das mulheres, mas o direito à terra está ausente dos instrumentos internacionais de direitos humanos. Este artigo analisa como o direito à terra tem sido abordado desde cinco ângulos diferentes na legislação internacional dos direitos humanos: como uma questão de direito à propriedade, como um direito especificamente importante para os povos indígenas; como um aspecto da igualdade de gênero, como um slogan na campanha contra o acesso desigual à alimentos e moradia. Ao analisar estas diferentes abordagens, o artigo propõe identificar o lugar do direito à terra nos instrumentos e jurisprudência internacional de direitos humanos assim como analisar por que não tem sido – e se deveria ser – incluído como direito específico e independente.

PALAVRAS-CHAVE

Direito à terra – Mulheres – Povos indígenas – Direito à alimentação – Direito à moradia



PÉTALLA BRANDÃO TIMO

Pétalla Brandão Timo realizó su Maestría en Derecho Internacional en el Instituto de Altos Estudios Internacionales y Desarrollo, en Ginebra, Suiza, y es licenciado en Relaciones Internacionales de la Universidad de Brasilia, Brasil.

Email: petallatimo@gmail.com

RESUMEN

El artículo presenta un panorama sobre las violaciones de derechos humanos que han venido ocurriendo en Brasil a partir de la implementación de megaproyectos de desarrollo. Teniendo como telón de fondo los casos emblemáticos del Mundial de Fútbol de 2014 y del Complejo Hidroeléctrico de Belo Monte, el texto tiene como objetivo demostrar que existe un patrón de violaciones que se repiten, tanto en regiones selváticas, como en el campo o en las ciudades. El artículo también aporta un estudio sobre a quién le corresponden las responsabilidades en ese contexto. Con este trabajo, se pretende incitar una reflexión sobre qué tipo de modelo de desarrollo, como sociedad brasileña, realmente se desea para el país.

PALABRAS CLAVE

Megaproyectos – Desarrollo – Violaciones de derechos humanos



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

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

DESARROLLO A COSTA DE VIOLACIONES: IMPACTO DE LOS MEGAPROYECTOS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS EN BRASIL*

Pétalla Brandão Timo

1 Introducción

En diciembre de 2011, la presidenta brasileña Dilma Rousseff, afirmó durante un discurso que el respeto a los derechos humanos es condición esencial para el desarrollo de Brasil. Reconoció, además, que la inclusión social y la distribución de la renta no son cuestiones menores del desarrollo, ya que no sería posible que un país de 190 millones creciera solo para algunos.¹ La declaración de Dilma Rousseff, en dicha oportunidad, incorpora una visión que ha sido cada vez más defendida en el plano internacional, principalmente a partir de la década de 1990; es decir, la idea de que desarrollo no se limita a crecimiento económico. Desarrollo y derechos humanos están, o por lo menos deberían estar, intrínsecamente relacionados, siendo imposible considerar que un tema se disocie del otro. Esto se debe a que ambos comparten el mismo objetivo: la garantía y mantenimiento de la libertad, del bienestar y de la dignidad humana. Bajo esa óptica, los principios de justicia social y participación democrática constituyen partes indisociables del proceso de desarrollo.

Basándose en dicha retórica, Brasil se proyectó en el escenario internacional, principalmente a lo largo de la última década, como la gran promesa del desarrollo: un país con un elevado índice de crecimiento económico, con una democracia consolidada, garante de los derechos humanos, y que a cada año libra de la pobreza a sectores significativos de la población. El discurso de la presidenta Dilma Rousseff contrasta, sin embargo, con la forma real en la que el modelo de desarrollo brasileño ha sido diseñado y, sobretodo, llevado a cabo en el país.

*Este artículo se elaboró con el apoyo de la segunda edición del Programa de Incentivo a la Producción Académica en Derechos Humanos, durante el primer trimestre de 2013, en una asociación entre Conectas Derechos Humanos y la Fundação Carlos Chagas. Para obtener más información, visite: <http://www.conectas.org/revista-sur/conectas-e-fundacao-carlos-chagas-divulgam-selecionados-para-o-programa-de--incentivo-a-producao-academica-em-direitos-humanos?pg=2>. Último acceso en: mayo de 2013.

En la actual coyuntura brasileña, prevalece el afianzamiento del llamado “modelo predatorio de desarrollo” (LISBOA; BARROS, 2009). Este modelo prioriza grandes obras de infraestructura para darle soporte a la proyección del país en el mercado mundial, ya sea partir de la explotación intensiva de sus recursos naturales y energéticos, o bien por la transformación de sus espacios urbanos en “ciudades espectáculo”.² De tal forma, según la lógica de la “aceleración del crecimiento”, se impone la manera desenfrenada con la que son ejecutados los megaproyectos de desarrollo en el país, atropellando principios básicos del Estado Democrático de Derecho. El supuesto desarrollo, que beneficia enormemente a pocos grupos privilegiados, también se ha realizado a costa de violaciones de los derechos humanos de la población brasileña, sobretudo de los sectores más vulnerables – dentro de los que se destacan las poblaciones tradicionales, tales como indígenas, ribereños y *quilombolas*; pero también de barrios carenciados, personas en situación de calle, entre otros-.

A modo de breve definición, cabe caracterizar los llamados megaproyectos de desarrollo como aquellos emprendimientos de gran magnitud, complejos desde el punto de vista técnico, que requieren inversiones presupuestarias muy elevadas. Este tipo de proyectos tienden a atraer un alto grado de atención pública e interés político debido a los inmensos impactos directos e indirectos que provocan en la sociedad, en el medio ambiente y en los gastos públicos y privados. De forma similar, los megaeventos son aquellos caracterizados como de gran escala, que requieren inversiones altísimas para su implementación y que dejan legados físicos para la ciudad sede.

Esa realidad de un desarrollo realizado a costa de violaciones de los derechos humanos, que Brasil se esfuerza por esconder frente a los ojos de la comunidad internacional, también es ocultada dentro del país por un discurso dominante, de carácter nacionalista, que recrimina a aquellos que cuestionan los megaproyectos o se oponen a la forma en que están siendo ejecutados. Con el apoyo de los grandes vehículos mediáticos, prevalece la imagen de que tales emprendimientos traen exclusivamente beneficios, empleos y generación de renta para la población brasileña como un todo.

En contraparte, informes y denuncias producidas por diversas organizaciones no gubernamentales y movimientos sociales organizados revelan que: ya sea en el campo, en zonas selváticas o en las ciudades, el patrón vigente de implementación de megaproyectos de desarrollo ha propiciado, de forma recurrente, “graves violaciones de los derechos humanos, cuyas consecuencias terminan acentuando las ya graves desigualdades sociales, traducéndose en situaciones de miseria y desestructuración social, familiar e individual” (CONSELHO DE DEFESA DOS DIREITOS DA PESSOAS HUMANA, 2010: 12). De forma conjunta, las manifestaciones populares masivas que se multiplicaron en varias ciudades brasileñas, principalmente durante el mes de junio de 2013, evidenciaron como ese tema viene asumiendo un lugar importante en las pautas del debate social.

Dos ejemplos de tal problemática se destacan en el contexto actual. Se trata de los proyectos de implementación de complejos hidroeléctricos en la Amazonía, y en particular el caso de Belo Monte, que recibió mayor atención mundial, y de los proyectos de construcción y revitalización urbana relacionados al Mundial de Fútbol de 2014. En cada uno de esos casos, se multiplican los incidentes más específicos, en diversas ciudades y regiones brasileñas. Además existe un denominador común: en

todos los casos, las poblaciones que más sufren son siempre aquellas más vulnerables, las más pobres, que ven cómo sus derechos, aunque estén garantizados por la Constitución y reconocidos en los tratados internacionales de los cuales Brasil es parte, son sacrificados a favor de la realización de esos proyectos.

En ese contexto, el presente artículo ofrece un análisis sobre el cuadro de violaciones de los derechos humanos causadas por los impactos de la realización de megaproyectos de desarrollo en Brasil. Aunque se destaquen los casos referidos de Belo Monte y del Mundial de Fútbol, no se pretende presentar un estudio de caso. Al trazar un panorama amplio, se tiene como objeto denunciar la existencia de un patrón de violaciones que se repite en zonas selváticas, campo y ciudades. Con esto se busca aportar una reflexión crítica sobre qué modelo de desarrollo sería verdaderamente deseable para la sociedad brasileña, teniendo en cuenta un enfoque de derechos humanos.

El artículo está estructurado en tres partes principales, además de esta introducción y de las consideraciones finales. La primera parte comprende la contextualización de la problemática. Partiendo de reflexiones teóricas sobre la relación entre derechos humanos y desarrollo se realiza una breve presentación de los dos casos, el del Mundial de Fútbol y el de Belo Monte, situándolos en el contexto doméstico e internacional. La segunda parte del artículo aborda, de forma más específica, cuatro de los principales tipos de violaciones en las cuales el Estado brasileño ha incurrido a partir de la ejecución de los megaproyectos: violaciones del derecho a la vivienda digna, al derecho a la salud y al medio ambiente, al derecho a la información y a la participación democrática y, finalmente, las violaciones de los derechos humanos de defensores y activistas. Esta sección toma como base el aporte jurídico de los derechos garantizados constitucionalmente y establecidos en los tratados internacionales ratificados por Brasil. La tercera parte está dedicada a una reflexión sobre la responsabilidad del Estado frente a las violaciones de derechos humanos, con una perspectiva de reparación y acceso a la justicia, así como de prevención. También en esta sección se presenta una breve discusión sobre el papel del Estado en relación a los abusos cometidos por las empresas o por las entidades privadas transnacionales. Por último, en las consideraciones finales, se elucida qué significa un enfoque de derechos humanos para el desarrollo.

2 Contextualización

La principal inquietud subyacente al presente artículo puede ser sintetizada en las palabras de Wamala: "¿sería posible establecer las bases para el desarrollo económico y social al mismo tiempo en que se establecen las bases para la realización de las libertades y derechos individuales y colectivos?" (WAMALA, 2002, p. 102). Aunque a primera vista pueda parecer simple conciliar los intereses de modernización y crecimiento económico con la garantía de los derechos humanos, Wamala aclara que un estudio empírico a lo largo de la historia revela que, repetidamente, tanto en el pasado como en la actualidad, las libertades de los individuos y de las colectividades fueron cercenadas en nombre del desarrollo.

Según el autor, los países considerados como 'en vías de desarrollo', tales como los del continente africano y latinoamericano, se encuentran en una situación diferente, más compleja, en relación a los países occidentales cuya cima de desarrollo económico

e industrial ocurrió entre los siglos XVIII e XIX. Mientras que Europa estructuró las fundaciones económicas de sus sociedades durante la era mercantilista, o sea, antes de que tuvieran que lidiar con los clamores por derechos individuales y colectivos, los países del Sur Global se ven obligados a impulsar el desarrollo económico al mismo tiempo que deben responder por derechos humanos. En los siglos pasados, era posible justificar, según la doctrina del nacionalismo, restricciones a las libertades individuales a favor del bien mayor común de la patria. Pésimas condiciones laborales, por ejemplo, eran consideradas deseables dentro de los límites de las demandas de crecimiento de la nación. Actualmente, en el marco de garantías constituidas, se torna inaceptable desde los puntos de vista ético y legal la connivencia de un gobierno con violaciones de derechos bajo el pretexto de crecimiento económico – por lo menos en teoría.

En la práctica, sin embargo, las necesidades de crecimiento económico continúan sirviendo como permiso para numerosas violaciones de derechos humanos en todo el mundo. En Brasil, por ejemplo, prevalece la lógica de que determinadas parcelas de la población pueden, o incluso, deben soportar la carga de ser afectadas, en pro de un supuesto bien común. El principal mensaje transmitido por los grandes medios de comunicación del país, genera un contexto en el que la crítica no es bienvenida. Refuerza el argumento según el cual los beneficios del desarrollo deberán generar mejoras en la calidad de vida de toda la población. Oponerse a los emprendimientos o megaproyectos, por lo tanto, equivale a oponerse a Brasil. Como afirma Maybury-Lewis (1992, p. 49), “incluso habitar en las regiones destinadas a la implementación de tales planes puede ser considerado ‘bloquear el camino del desarrollo’, y el castigo contra los que permanecen en el camino es generalmente severo, como bien lo descubrieron los pueblos indígenas”. Las autoridades, voceras del desarrollo, insisten en base a estadísticas muchas veces tendenciosas, que no se pueden privilegiar los derechos de las minorías en detrimento de los potenciales beneficios para la mayoría. Sin embargo, también en palabras de Maybury-Lewis (1992, p. 52):

Ese argumento oculta la cuestión real. Existen sacrificios moralmente inaceptables, que no se imponen a un pueblo. [...] Si los sacrificios reclamados no son moralmente inconcebibles, su imposición a la minoría en nombre la mayoría solamente se justifica si de la misma resultase una efectiva redistribución de la riqueza en toda la sociedad. Y ese no es el caso en Brasil.

Sin embargo, cabe una importante salvedad: no se trata de sostener una oposición ciega a los proyectos de desarrollo en sí, pues debe reconocerse que de hecho, de ellos surgen oportunidades para mejorías. Se trata más bien de colocar en perspectiva cuáles son los costos socio-ambientales reales de dichos proyectos, a qué intereses responden y a quién realmente benefician.

Actualmente Brasil vive uno de esos momentos en los que el país es “gobernado como un inmenso cantero de obras y donde la idea de progreso gira en torno de un objetivo: la modernización de la infraestructura” (ATTUCH, 2008, s/p.), teniendo al Programa de Aceleración del Crecimiento (PAC) como el mayor paquete de obras de su historia. Se hace imprescindible un debate crítico sobre tal situación, en la búsqueda de medios para que Brasil concilie desarrollo sostenible con la garantía de inclusión social y con la ampliación de derechos.

2.1 *Mundial de Fútbol*

En el 2007 cuando los brasileños conmemoraron la conquista de la sede del campeonato mundial de fútbol que se realizará en 2014, pocos podrían anticipar el impacto perverso que los preparativos para el mega-evento podrían generar en la vida de los ciudadanos comunes. Las conmemoraciones del deporte-pasión-nacional ocultaron el anuncio de una tragedia que se fue lentamente revelando, principalmente después de la experiencia en Sudáfrica, o en base a lo ocurrido en otros países en desarrollo que fueron sede de eventos similares, como las Olimpiadas en China. También teniendo en cuenta el legado de los Juegos Panamericanos realizados en Rio de Janeiro, en 2007, ya era posible prevenir que las violaciones vendrían acompañadas de corrupción, falta de transparencia y de diálogo, así como de la concesión de instrumentos legislativos y jurídicos “de excepción”, o sea, aquellos que permiten la ejecución facilitada de obras y licitación, con observancia mínima, o ninguna, de requisitos socio-ambientales (SOUZA, 2011).

Según información de Transparencia Brasil,³ de todos los proyectos previstos para la realización del Mundial de Fútbol –referentes a estadios y arenas, movilidad urbana, estructura portuaria, aeropuertos, desarrollo turístico y seguridad– sólo ‘estadios y arenas’ representan, hasta finales de 2013, más de 50% de los trabajos ejecutados. Datos de diciembre de 2013 comprueban que en realidad, en todas las otras áreas, no se alcanzó ni el 25%, faltando menos de doscientos días para el evento; lo que permite cuestionar la viabilidad de que se lleguen a realizaren el tiempo que queda hasta la fecha del evento. Con el ímpetu de cumplir con el cronograma ya atrasado y sin planificación apropiada, las transformaciones legitimadas por el sello Mundial abren el camino para que no sean respetados los principios del Estado Democrático de Derecho (PRADO, 2011).

El hecho es que muy poco o nada se hizo para el Mundial de Fútbol que pudiera ser revertido en ganancias reales para las comunidades locales; esto sin mencionar la posibilidad de desvío de recursos de otras áreas, como salud y educación, para la construcción de estadios lujosos. Como destacan Pillay y Bass (2008), así como Greene (2003), estudios con enfoques críticos sobre el legado de los mega-eventos demuestran que son sobreestimadas las ganancias de esos eventos para países en desarrollo, incluso en términos de generación de empleo y estímulo a la inversión económica. En muchas ciudades, los megaestadios son considerados verdaderos “elefantes blancos”, ya que su funcionalidad y su uso posterior a los juegos del Mundial son cuestionables, a los cuales de hecho sólo un sector muy restringido de la población brasileña tendrá acceso.

Además, ninguna de las intervenciones son parte hasta ahora, de una estrategia de planificación urbana participativa, conforme lo determina el Estatuto de la Ciudades. En la mayoría de los casos, el gobierno ha privilegiado los intereses de las empresas patrocinadoras del evento en detrimento de la preservación de la cultura local. Una muestra, es el caso de la reforma del Maracaná, cuyo proyecto incluía la demolición de un edificio histórico, que abrigó, entre 1953 y 1977, el Museo del Indio y que actualmente sirve de vivienda y centro de integración para decenas de indígenas de diversas etnias que llegan a la ciudad.

Cabe considerar que los mega-eventos abarcan más que un conjunto de obras, incluyendo un proyecto de concepción urbanística que conduce a la reestructuración de las dinámicas sociales de ocupación del espacio. Se da así inicio a un proceso que los geógrafos denominan “mercantilización de la ciudad” (ARANTES et al., 2000),

que se traduce no sólo en desalojos forzados, sino también en la “gentrificación” o limpieza estética de los espacios urbanos. Es decir, se procede -en una ciudad que quiere exhibirse como una vidriera- al mundo a la remoción de los “aspectos indeseables”, entre estos, las poblaciones en situación de calle y todo lo relativo a la pobreza.

Como consecuencia de los abusos, emergió la resistencia. Poco a poco, en todas las ciudades sede del evento, comenzaron a movilizarse los llamados *Comitês Populares da Copa*, una iniciativa pionera, inexistente en los países que anteriormente abrigaron los eventos. Por medio de su núcleo de Articulación Nacional (ANCPC), los Comitês se organizan para denunciar abusos y violaciones, promover audiencias públicas, exigir transparencia e información, defender a las comunidades afectadas, en definitiva, para luchar por un Mundial de Fútbol realmente ‘nuestro’. Finalmente, cabe destacar que las discusiones en relación a este tema se colocan como pauta central en las manifestaciones de junio de 2013.

2.2 *Belo Monte*

Desde su concepción inicial, en los antecedentes históricos de la década de 1980, Belo Monte es un emprendimiento altamente controversial. Actualmente, Belo Monte, que será la tercera mayor hidroeléctrica del mundo, es considerada como la principal obra del PAC del gobierno federal. No obstante, la polémica en torno a su construcción nunca concluyó, habiéndose intensificado a partir del inicio de 2010 cuando fue concedida la licencia ambiental previa para su construcción.

Las discusiones giran en torno a temas complejos, que no sólo se refieren a la dimensión de los impactos socio-ambientales de la obra, sino también a la sustentabilidad de la generación de energía de la planta en relación a la estacionalidad de los caudales del río Xingu, así como al costo y al destino de la energía producida, entre otros (SEVÁ FILHO, 2005). Debido a este motivo, no son pocas las idas y vueltas jurídico-institucionales en torno a las concesiones de autorización para la construcción, que incluyen sospechas de irregularidades y corrupción en el seno de órganos involucrados en el proceso. Sin embargo, en medio de batallas jurídicas, se dio inicio a las obras en marzo de 2011.

No se busca aquí extenderse sobre cómo megaproyectos de energía, dentro de ellos Belo Monte, no son necesarios o viables para un Brasil que pretende ser sostenible (BERMANN, 2003). Aunque la construcción de la usina fuera imprescindible para el país, es innegable que la manera en la que fue elaborado el proyecto y, sobretudo, como viene siendo ejecutado, ha generado innumerables violaciones de derechos humanos de las comunidades afectadas.

El escenario se agrava aún más, dado que las llamadas “condicionantes”, en base a las cuales el proyecto fue aprobado, no están siendo cumplidas por el consorcio Norte Energía, empresa responsable por la construcción. Estas condicionantes corresponden a cuarenta exigencias realizadas por el Instituto Brasileño de Medio Ambiente (Ibama) que pretendían mitigar los impactos socio-ambientales del proyecto por medio de inversiones en infraestructura de educación, salud, saneamiento, entre otros, en las áreas afectadas por el proyecto. Teóricamente, sin estas compensaciones sería imposible llevar a cabo la construcción de la usina; pero esto no ha ocurrido. Las obras continúan a pesar del incumplimiento de las condicionantes.

Sin infraestructura adicional para lidiar con el aumento poblacional de más de 100% en función de las obras, las ciudades de los alrededores se ven directamente impactadas por el crecimiento, por la demanda de servicios y por la agravación de los problemas sociales ya existentes. Con la conclusión de las obras, el gran aumento de la población develará otro aspecto perverso: una vez que sea finalizada, la usina absorberá únicamente un sector muy pequeño de ese personal, aumentando drásticamente los índices de desempleo en una región incapaz de incorporarlos en su mercado de trabajo, aunque una parte de los trabajadores no permanezca en la región. Esta situación contradice el discurso oficial sobre los beneficios de las obras en términos de generación de empleos.

Todos los problemas de este orden no son inéditos en Brasil. Cabe recordar que Belo Monte está lejos de ser un caso aislado, pues repite patrones encontrados en construcciones anteriores de hidroeléctricas, tales como Tucuruí y Balbina, o incluso en las obras del complejo de Rio Madeira. Aunque el norte del país concentre los conflictos relativos a esta cuestión, es crucial destacar que las violaciones de derechos por construcciones de represas no se limitan a esta región. Los problemas enfrentados por las poblaciones afectadas son similares en los diversos estados del país, conforme lo destaca el informe elaborado por el Consejo de Defensa de los Derechos de la Persona Humana (CONSELHO DE DEFESA DOS DIREITOS DA PESSOAS HUMANA, 2008). Es por este motivo que desde hace años el Movimiento de Afectados por Represas (MAB, sus siglas en portugués) viene luchando por el reconocimiento y definición legal de “población afectada”, así como por la garantía de derechos en lo que se refiere al pago de indemnizaciones debidas y a la realización de consultas previas mediante informaciones.

Una faceta peligrosa de este modelo de “desarrollo a cualquier costo” adoptado por Brasil está reflejada en la postura de represalias que el Estado brasileño asumió a partir de abril de 2011, cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) concedió una Medida Cautelar (MC) solicitando al gobierno brasileño la inmediata suspensión del proceso de licenciamiento y de las obras del complejo hidroeléctrico de Belo Monte hasta que fueran observadas las condiciones mínimas que garantizaran los derechos de los pueblos indígenas afectados.⁴ La reacción brasileña fue dura al descalificar la acción de la CIDH. Brasil no sólo se negó a cumplir la MC sino que también en represalia, el Estado, por primera vez en su historia, no se presentó en una reunión de trabajo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para tratar sobre el caso, retiró temporariamente el embajador brasileño ante la OEA, suspendió su contribución presupuestaria anual y no presentó la esperada candidatura del ex Ministro de Derechos Humanos ante la CIDH. Tal reacción brasileña puede ser considerada inédita, ya que anteriormente el país fue destinatario de otras medidas cautelares de la CIDH, e incluso condenado en cuatro demandas ante la Corte Interamericana, pero jamás había respondido de tal manera; al contrario, había mostrado disposición para cumplir con las recomendaciones y decisiones del Sistema Interamericano.

La presión fue tanta que en mayo de 2011 el Secretario General de la OEA dijo públicamente que la decisión sería revisada y, en septiembre del mismo año, fue anunciada oficialmente una modificación sustancial de la MC referente a Belo Monte, en la cual se alega que la discusión trasciende el ámbito de las medidas cautelares. El juego político de amenazas puso en riesgo, consecuentemente, la propia credibilidad y eficiencia de uno de los sistemas más antiguos de protección de los derechos humanos.

Con ello se evidencian también ciertas debilidades de los mecanismos internacionales frente a los intereses políticos y económicos de países y corporaciones. En ese contexto, no se puede perder de vista que, debido a la fuerte influencia de Brasil en la región, su posicionamiento es considerado crucial para la definición de los rumbos futuros de un sistema que es de fundamental importancia, incluso para el mantenimiento de los órdenes constitucionales democráticos de la región (VENTURA, 2012).

3 Violaciones de los derechos humanos

Sería imposible, dentro de los límites del presente artículo, abordar toda la variada gama de violaciones a los derechos humanos que los diversos megaproyectos de desarrollo pueden ocasionar. En tanto que violaciones, se incluyen desde las referentes a los derechos laborales –en relación a las condiciones, muchas veces indignas y degradantes, en que los trabajadores son empleados en las diversas obras-, pasando por una perspectiva de género, por ejemplo en relación al aumento de los índices de prostitución de menores y violaciones de mujeres en las áreas próximas a los canteros de las obras, hasta aspectos menos evidentes, como las violaciones del derecho a la alimentación de las personas afectadas –por ejemplo, a partir de la contaminación de los ríos y, consecuentemente, de la pesca, del pastoreo y de las personas que hacen uso de esas aguas para su subsistencia.

A modo de reducir el espectro, este artículo se detiene en cuatro temáticas específicas, que son normalmente percibidas como los principales tipos de violaciones de los derechos humanos en ese contexto. Es importante no perder de vista, sin embargo, que tal división es de carácter únicamente didáctico, ya que la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos implican que una misma dinámica pueda ocasionar al mismo tiempo diversas violaciones de los derechos humanos. Los casos presentados revelan de hecho, que el marco de violaciones está invariablemente interrelacionado.

3.1 *Derecho a la vivienda*

Las expropiaciones forzosas en Brasil, así como otras violaciones asociadas al derecho a la vivienda, son posiblemente el tipo de violación más documentado en conexión con los mega-proyectos de desarrollo.

El derecho a la vivienda integra el derecho a un nivel de vida adecuado y no se resume a la habitación, pues debe incluir: seguridad de la tenencia, disponibilidad de servicios, infraestructura y equipamiento público, costo accesible, habitabilidad, no discriminación y prioridad para los grupos vulnerables, localización adecuada y adecuación cultural (NAÇÕES UNIDAS, 2011). De la aplicación plena de ese derecho se desdobra la protección contra los desalojos y expropiaciones forzosas que deben ser evitadas al máximo, ya que constituyen uno de los peores tipos existentes de violaciones a los derechos humanos, tal como reconocido por la ONU desde 1993.

Independientemente del título o del formato legal de residencia, todas las personas tienen derecho a recibir protección contra expropiaciones, los que sólo pueden ser realizados con el objeto de promover el interés público general, obedeciendo a principios de razonabilidad y proporcionalidad, además de ser regulados de tal forma

que garanticen una indemnización justa y la reinserción social. La legitimidad de las expropiaciones sólo puede ser determinada por medios democráticos y participativos, a partir de informaciones transparentes y que vislumbren alternativas y ofrezcan tiempo suficiente a las comunidades (NAÇÕES UNIDAS, 2011).

Pero todo lo que “debería ser” contrasta descaradamente con lo que ha ocurrido en lugares como la *Comunidade do Trilho* en Fortaleza o la *Comunidade da Vila do Autódromo* en Rio de Janeiro. Ambas comunidades se sitúan hace décadas en zonas que, con el proceso de expansión de las ciudades, se tornaron blanco de la codicia inmobiliaria. Recientemente en base al oportunismo generado por los mega-eventos, se comenzó a argumentar que los desalojos y las expropiaciones son fundamentales para las obras, cuando en realidad, todo indica que existen alternativas viables que no implicarían la expropiación de personas. En el caso de la *Vila do Autódromo*, por ejemplo, una asociación entre habitantes y universidades desarrolló un Plan Popular, que presenta una propuesta de urbanización que demuestra que no habría incompatibilidad entre la construcción del futuro Parque Olímpico, con la existencia de la comunidad y la preservación ambiental.

Además de la ausencia completa de información y de la exclusión de los ciudadanos de los procesos decisorios, prevalece el uso de intimidaciones y de la truculencia en el trato hacia los habitantes. Casos similares se multiplican en todas las demás ciudades que se preparan para recibir el Mundial de Fútbol, lo que está extensamente documentado. Se estima que entre 150 y 170 mil personas podrán ser expropiadas por las obras planeadas para el mega-evento (ARTICULAÇÃO NACIONAL DOS COMITÊS POPULARES DA COPA, 2011).

Las expropiaciones se producen no solo con la expulsión de los habitantes de sus casas con tractores y policías y sin el debido aviso previo, sino también con medidas que propician la desocupación como es la falta de garantías frente a la especulación inmobiliaria y la valorización de los inmuebles en determinadas regiones. El aumento explosivo de los precios de los inmuebles y de los alquileres restringe el usufructo del derecho a la vivienda, al empujar a las familias de bajos ingresos a situaciones cada vez más precarias, con el riesgo de volverse “sin techo”.

Tal como se ha dado, el proceso de expulsiones y expropiaciones oculta también una lógica discriminatoria. En primer lugar, discriminatoria contra comunidades pobres, históricamente marginalizadas. La deferencia con la que el alcalde de Rio de Janeiro manifestó que trataría la cuestión de las indemnizaciones en uno de los únicos barrios de “clase media alta” afectados por las obras revela, por ejemplo, la absoluta falta de ecuanimidad por parte de las autoridades en el trato hacia los ciudadanos. Con relación a habitantes de barrios populares, el poder público ha utilizado diferentes formas de intimidación, como la marcación de casas e invasión de domicilios. En segundo lugar, se agrega el elemento del racismo y el prejuicio contra comunidades tradicionales. En Porto Alegre, por ejemplo, el pretexto de las obras del Mundial de Fútbol deberá llevar a la desterritorialización de decenas de pueblos de *terreiros*⁵ por medio de la desapropiación de locales de culto, entre los cuales el *terreiro* que se cree sería el primero del estado de Rio Grande do Sul, situado allí desde hace más de 40 años.

La lucha de los movimientos populares brasileños en ese ámbito ha generado algunos resultados. La presión alcanzó esferas internacionales, con denuncias que fueron

presentadas ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (CDH). Las respuestas incluyeron no solamente recomendaciones importantes por parte de la Relatora Especial de la ONU para el derecho a la vivienda, sino también intervenciones de países en el mismo sentido, durante el Examen Periódico Universal de Brasil ante la CDH. Atendiendo a las demandas, el Consejo de Defensa del Derecho de la Persona Humana (CDDPH) de la Secretaría de Derechos Humanos creó, a fines de 2012, un Grupo de Trabajo sobre Vivienda Adecuada, en vistas a recolectar informaciones sobre los problemas de vivienda enfrentados por la población, con foco en los impactos de los megaproyectos y los mega-eventos, y con el fin de realizar recomendaciones a los municipios y estados.

Un escenario bastante semejante se presenta en el medio rural, donde igualmente se multiplican las violaciones del derecho a la vivienda de las poblaciones afectadas, que son forzosamente desplazadas (JERONYMO et al., 2012). En un contexto ya marcado por intensos conflictos asociados a la tierra, se suman complicaciones relacionadas al hecho de que la mayor parte de las poblaciones afectadas en el campo corresponden a pueblos tradicionales – como indígenas, *quilombolas* y ribereños – cuyos derechos, en tanto que minorías, están salvaguardados por medio de instrumentos legales específicos (NETO, 2007). Además, los impactos de los mega- emprendimientos se ven agravados en poblaciones que poseen un vínculo indisociable con la tierra en tanto que territorio tradicional, aún si posiblemente todavía no exista la debida regularización de tal condición. En este ámbito se incluye, por lo tanto, la afectación de los derechos territoriales de los pueblos tradicionales.

3.2 Derecho a la salud y al medioambiente

Inevitablemente, los megaproyectos de desarrollo generan graves impactos en los ecosistemas donde son implementados. Aún si se realizaran estudios previos de impacto ambiental y si se adoptaran y pusieran en práctica medidas compensatorias para mitigar tales efectos, no quedan dudas de que la contaminación y los daños causados en los recursos hídricos y en la biodiversidad de los ecosistemas generan consecuencias negativas sobre las condiciones de vida de los habitantes de tales regiones.

En el caso de los complejos mineros, por ejemplo, son innumerables los problemas de salud generados por la emisión de contaminantes en el aire, así como por la contaminación de suelos, ríos y manantiales. Ya en el caso de las hidroeléctricas, otro ejemplo, la fragmentación del paisaje y la explotación predatoria de recursos naturales genera el deterioro en la calidad de vida y en los ingresos de las poblaciones indígenas, la pérdida de biodiversidad, la propagación de enfermedades endémicas y la reducción de la calidad y disponibilidad de agua adecuada para el consumo. Las denuncias revelan también que una serie de accidentes graves quedaron indocumentados así como otras irregularidades en los procesos de otorgamiento de licencias ambientales para las actividades de dichas industrias.

En el caso de Belo Monte, se reúnen los dos ejemplos citados, de mineras e hidroeléctricas. A fines de 2012, se reveló un escenario alarmante a partir del anuncio de que el mayor proyecto minero de oro del Brasil, y uno de los mayores del mundo, será implementado en un tramo del río y que éste perderá 80% de su caudal como resultado de la implantación de la usina hidroeléctrica, donde están localizados dos

territorios indígenas, además de centenas de familias ribereñas. El proyecto que prevé la extracción de minerales y almacenamiento de residuos tóxicos ya está en la fase de licenciamiento ambiental, a pesar de que los estudios presentados hasta el momento ignoran la cantidad de impactos agregados de los dos proyectos. Se demuestra con esto, cómo tales impactos pueden llegar a ser subestimados, especialmente cuando un megaproyecto sirve como vector de apertura para otros proyectos subsiguientes.

Los impactos negativos de este tipo se agravan cuando las poblaciones afectadas no saben a quién recurrir para solucionar los problemas que surgen. Falta información sobre los mecanismos de acceso a la justicia y a los servicios básicos de salud que puedan brindar acompañamiento y tratamiento a las poblaciones afectadas – por ejemplo, por medio del monitoreo de casos de enfermedades típicamente relacionadas a zonas mineras, como el cáncer.

En este contexto, no se puede perder de vista la importancia del principio de prevención, en vistas a evitar graves daños al medioambiente y a la salud de las personas. No es posible que se discuta el acceso a la justicia solamente desde el punto de vista de la reparación, cuando el daño, probablemente irreversible, ya haya sido causado. Cabe también resaltar la gravedad de ese tipo de violación en lo que se refiere a los pueblos indígenas cuya cosmovisión está intrínsecamente vinculada a la preservación del medioambiente. La degradación del medioambiente, en este caso, atenta contra el derecho a la vida de los pueblos.

Otro problema se deriva exactamente de la displicencia con la que se identifican las poblaciones afectadas. Generalmente, el gobierno deja a cargo de las empresas el papel de definir “quién es afectado” y de lidiar con las cuestiones indemnizatorias decurrentes. Tal como el MAB viene defendiendo hace años, una caracterización restrictiva o limitada de los afectados está entre los principales factores que causan las violaciones de los derechos humanos, pues eso termina descalificando a grupos sociales perjudicados que también deberían ser considerados aptos a recibir algún tipo de reparación (MOVIMIENTO DOS ATINGIDOS POR BARRAGENS, 2011, p. 97-99). En definitiva, afectados incluyen a todos aquellos que vieran su modo de vida y, principalmente su fuente de ingresos y sustento afectados por la planificación, implantación y operación del megaproyecto, tal como quienes viven en los territorios, pequeños comerciantes, mineros artesanales (*garimpeiros*), pescadores, entre otros grupos cuya supervivencia dependa del acceso a los recursos naturales.

3.3 Derecho a la información y a la participación en el proceso decisorio

La participación pública de los ciudadanos en el monitoreo, evaluación y control de los actos de gobierno es, claramente, uno de los principales instrumentos de la democracia. El derecho a la información es un presupuesto básico para el mantenimiento del orden democrático, sin el cual queda imposibilitada la plena participación ciudadana y el ejercicio del control de políticas públicas. De acuerdo con el Principio 10 de la Declaración de Río Sobre Medioambiente y Desarrollo (1992), los procesos de desarrollo deben darse en un ambiente favorable a la libertad de expresión, en el que esté garantizado el acceso a la información, así como las oportunidades para que los

grupos afectados expresen sus opiniones, que deben ser consideradas en los procesos de toma de decisión.

Específicamente en lo que se refiere a los pueblos indígenas, se reconoce el derecho a la Consulta Libre, Previa e Informada (CLPI) con relación a las acciones del Estado que puedan afectar sus bienes y territorios. En virtud del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, ratificada por Brasil en 2002, el gobierno está obligado a consultar a los pueblos indígenas y a buscar su consentimiento antes de emprender o autorizar cualquier programa de explotación de los recursos existentes en sus territorios. El derecho a CLPI implica requisitos básicos que la califican no solamente como un simple evento informativo, sino sobre todo, como un proceso de diálogo legítimo entre el Estado y las poblaciones interesadas que busque la conciliación de intereses.

En contraposición, se verifica de forma generalizada en los megaproyectos en Brasil la ausencia de un debate público informado. Según Lisboa y Barros (2009), los instrumentos de participación e instancias compartidas de control son constantemente ignorados, y los procesos decisorios son desconsiderados, privilegiando intereses externos a los de la población local. En muchos casos, las audiencias públicas y orales indígenas no se realizan o, cuando se realizan, sirven simplemente para cumplir un protocolo o una formalidad en la praxis. Conforme lo relatado en el caso de la hidroeléctrica de Candonga, localizada en Minas Gerais, el ambiente que se crea durante las audiencias es de tal tecnicismo que genera hostilidad e intimidación, dejando poco espacio para que las personas puedan expresar sus dudas y opinar. El silencio es aprovechado por las empresas como indicativo de una postura de aprobación y de recepción del proyecto (BARROS; SYLVESTER, 2004).

Según el informe de la organización no gubernamental *Terra de Direitos* (2011), los procesos de discusión no son participativos, pues la información disponible es insuficiente, no promueve la concientización, y sólo llega a los interesados cuando las etapas relevantes de los procesos de decisión y planificación ya se completaron. Además, las audiencias públicas generalmente cumplen con lo que es conveniente para el emprendedor, o sea, obedecen a una retórica de propaganda, que explota la idea de 'progreso para la región' y omite informaciones acerca de la dimensión real de los cambios socio-ambientales.

En las audiencias indígenas, se agrega la completa falta de respeto hacia las necesidades de adecuación cultural, cuya observancia exigiría el diálogo con traducción a lenguas locales. Es importante destacar que todo ese proceso, por construir una etapa de interés público, debe quedar a cargo de las autoridades, que no pueden delegar la función a empresas tercerizadas, como ha sucedido.

Un clima de ocultamiento de informaciones en el cual prevalecen decisiones sin ningún tipo de control social, también se encuentra en las diversas ciudades que se preparan para recibir el Mundial de Fútbol (ARTICULACIÓN NACIONAL DOS COMITÉS POPULARES DA COPA, 2011). La gestión pública ignora las demandas sociales, negándose a discutir las alternativas presentadas por la sociedad –como en el caso del Mercado Distrital do Cruzeiro, en Belo Horizonte, que se volvió blanco de potencial demolición en función de los proyectos del Mundial, muy a pesar de que los habitantes de los alrededores y comerciantes habían presentado al gobierno, junto con el Instituto de Arquitectos de Brasil (IAB), un proyecto para su revitalización.

3.4 *Violaciones de los derechos humanos de defensores y activistas*

En diversas partes de Brasil, ciudadanos que se organizaron para defender a comunidades afectadas y/o al medioambiente han sido objeto de amenazas constantes, intimidaciones, ataques, agresiones e incluso ejecuciones. En la mayoría de los casos, las autoridades no solamente fracasan en realizar investigaciones completas, sino que también fallan en brindar los medios de protección adecuados para las víctimas y sus familias. Además, se interponen obstáculos al juzgamiento de los perpetradores y a la punición de los responsables en los rigores de la ley. Se configura así, una situación de múltiples violaciones en las que se atenta contra las libertades de expresión y asociación, contra el derecho a la integridad física y el derecho a la vida, entre otros derechos.

En Brasil, los conflictos agrarios y por los recursos naturales generan todos los años decenas de víctimas fatales. Los innumerables casos documentados muestran cómo los procesos de ‘desarrollo’ están atravesados por la violencia, con una autorización tácita otorgada por el Estado a través de la impunidad. Un ejemplo de víctimas de conflictos socio-ambientales causados por mega-empresarios de infraestructura administrados por grandes empresas con el apoyo de fondos públicos, puede encontrarse en el caso de los pescadores de la Bahía de Guanabara en Rio de Janeiro. Cuatro integrantes de la *Associação Homens e Mulheres do Mar* fueron asesinados en menos de cuatro años, además de las innumerables amenazas sufridas, a la vez que todos los casos continúan sin solución (CRP-RJ, 2012).

En la mayoría de los casos, los actos de intimidación contra los activistas son perpetrados por grupos cuyos intereses están fuertemente vinculados a los mega-empresarios. En otras situaciones, la represión puede emanar de los propios agentes del Estado. En el caso de Belo Monte, por ejemplo, en junio de 2012, la policía civil de Pará pidió la prisión preventiva de 11 personas acusadas de participar en las protestas contra la construcción de la usina – entre los acusados en la investigación estaban integrantes del *Movimento Xingu Vivo para Sempre*, un cura y una monja misioneros indígenas y un documentalista de São Paulo.

Teniendo en cuenta la debilidad del Estado para proteger a los defensores y activistas contra acciones violentas por parte de los grupos cuyos intereses se ven contrariados, se ha reivindicado la creación de un marco legal en el país que garantice la efectiva protección de esas personas. Se tramita en el congreso un proyecto para transformar en ley el programa del gobierno federal de Protección de los Defensores de Derechos Humanos. Con eso, se busca superar los obstáculos de la falta de recursos y las dificultades de articulación con los gobiernos estatales, entre otros problemas, tales como la lentitud en el análisis de las solicitudes.

Existe la preocupación de que la violencia contra los defensores se vea favorecida por la existencia también de un proceso de invisibilización y criminalización de esas personas en la sociedad, que las ve como ‘defensoras de bandidos’ y no como aquello que realmente son, o sea, personas que brindan servicio a la sociedad en su conjunto y que contribuyen para el fortalecimiento de la democracia en el país. Los pocos líderes comunitarios que reciben algún tipo de protección hacen eco de la importante pregunta que se hacen sus policías de escolta: ¿de qué sirve brindar seguridad a líderes comunitarios para que continúen denunciando crímenes que el Estado no castiga?

4 Responsabilidades

Según los parámetros establecidos en el ámbito del derecho internacional, cabe a los Estados la obligación de respetar, proteger y promover las normas de derechos humanos con las que se comprometieron en los tratados internacionales. Las normas de derecho consuetudinario establecen que las violaciones de tales obligaciones, por acción u omisión, deben ser seguidas por la responsabilización del Estado. Responsabilizar implica los deberes de cesar inmediatamente el ilícito y reparar el daño causado, con garantías de no repetición. Para los fines del derecho internacional no es relevante la división administrativa interna del país en unidades federativas, pues los deberes incumben a la Unión que, a su vez, debe funcionar como garante del respeto a los derechos humanos en todos los niveles.

En el ámbito del ordenamiento jurídico brasileiro, la noción de responsabilidad civil del Estado corresponde a la obligación atribuida al Poder Público de resarcir los daños causados a terceros por sus agentes, cuando se encuentran en el ejercicio de sus atribuciones. Agente público es entendido de forma amplia, de modo de abarcar no sólo a los agentes políticos y funcionarios públicos, sino también a particulares en colaboración con el Estado, tales como fundaciones y empresas públicas, y concesionarios de servicios públicos. La jurisprudencia brasileira entiende además que, según el principio de isonomía, el deber de reparar o compensar existe incluso cuando el daño fuera provocado por acto lícito, siempre que el mismo sea considerado grave. La doctrina de la responsabilidad objetiva no requiere la prueba de culpa, exigiendo sólo tres elementos: conducta estatal, daño y nexo de causalidad. La responsabilización constituye así, la forma con la que cuenta el ciudadano para asegurarse de que un derecho suyo que haya sido lesionado por la acción pública obtenga resarcimiento.

Aun cuando en el caso de las violaciones en función de megaproyectos pueda ser difícil dimensionar todos los daños sufridos y, consecuentemente, el establecimiento de medidas compensatorias adecuadas para todas las personas afectadas sea un desafío, es imprescindible que esto sea hecho. Tal esfuerzo comprende no solamente la completa identificación de los individuos, familias y colectividades que puedan haber sido directa o indirectamente afectados, sino también el cálculo y pago de justas reparaciones por los daños materiales y morales sufridos.

A pesar de que las indemnizaciones puedan asumir un carácter no estrictamente pecuniario, los costos indemnizatorios deberían ser incorporados en el precio de la obra. Si así fuera, los costos de una obra como Belo Monte se podrían tornar impagables o, de tan exorbitantes, injustificables en relación a las ganancias que podrían generar. En general, tales costos son simplemente ignorados porque es sabido que, al final de cuentas, nunca serán pagados. La anticipación de los impactos junto con compensaciones adecuadas, posibilita en definitiva que no lleguen a ocurrir las violaciones.

Cabe por lo tanto al Estado brasileiro, no solo respetar las normas de derechos humanos definidas en la Constitución y en los tratados internacionales, sino también hacerlas respetar por los agentes privados. Este aspecto es central, ya que se ha establecido un vínculo creciente entre grandes corporaciones y gobiernos nacionales, por medio del cual las autoridades se vuelven cómplices de los abusos cometidos por empresarios. Además, en muchos casos, los abusos son cometidos por compañías estatales y/o por

empresas financiadas por instituciones públicas, como el Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (BNDES) y el Banco do Brasil. En este sentido, De Paula destaca:

Las empresas constructoras tienen un papel significativo en la estrategia política actual. Varios de los proyectos realizados en los últimos diez años tuvieron como personajes principales a cuatro gigantes de la construcción: Andrade Gutierrez, Camargo Correa, Odebrecht y Queiroz Galvão. Desde estadios para el Mundial hasta la construcción de la hidroeléctrica de Belo Monte en el río Xingu, las ‘cuatro hermanas’ juntas son las principales empresas hacia donde está siendo dirigida parte de las inversiones públicas [...]. Según el estudio de investigadores americanos sobre la relación entre contratos públicos y donaciones de campaña, cada R\$ 1 donado por las constructoras para campañas políticas, R\$ 8,5 se devuelve en forma de proyectos.

(DE PAULA, 2012, p. 102).

En cuanto a los actores no estatales más específicamente, ya existe el consenso de que las empresas deben cumplir al menos con la observancia de las normas de derechos humanos, o sea, deben respetar dichas reglas, absteniéndose de violarlas (RUGGIE, 2011). La noción de ‘responsabilidad social empresarial’ se inserta justamente en este contexto, para expresar la idea de que las empresas deben estar comprometidas con el bienestar de las poblaciones impactadas por sus operaciones. El surgimiento de un amplio consenso ético-normativo en esa dirección se ve reflejada no solamente a escala nacional, sino también a nivel internacional.

No obstante, es necesario hacer una salvedad cuando las empresas comienzan a utilizar tales mecanismos como ‘falsas soluciones’, o sea, utilizándolos estratégicamente sólo para mejorar o limpiar la imagen de la empresa y, de esta forma, encubrir el real impacto de sus operaciones. A pesar de que en Brasil existen instrumentos, especialmente en el ámbito civil y administrativo pero no en el penal, para la responsabilización de las empresas por abusos a los derechos humanos, persisten aún barreras para el acceso a la justicia y a los remedios efectivos (COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS, 2011).

Complicaciones adicionales en la atribución de la responsabilidad se deben también al hecho de que buena parte de los mega-proyectos de desarrollo en Brasil y en el mundo involucran también la participación de otros actores que pueden ser de carácter transnacional. Es el caso, por ejemplo, de los emprendimientos financiados con fondos de organismos internacionales, como el Banco Mundial (BM) o incluso de proyectos que deben obedecer a determinaciones impuestas por entidades internacionales, tales como la Federación Internacional de Fútbol (FIFA) o por el Comité Olímpico Internacional (COI). Se vuelve difícil en esos casos de actuación difusa, atribuir las debidas responsabilidades a cada uno de los actores, especialmente porque no existen organismos en el ámbito internacional con mandatos unificados para actuar en ese sentido.

Se observa, sin embargo, que surgieron algunas innovaciones a lo largo de la última década, dentro de las cuales es posible mencionar el Panel de Inspección del BM como mecanismo administrativo independiente por medio del cual las víctimas afectadas por proyectos del Banco pueden buscar reparación por los daños sufridos. Otro ejemplo en este sentido son los casos litigiosos surgidos en Estados Unidos, en los cuales la ley del *Alien Tort Statute* (ley de reclamo por agravios contra

extranjeros – ATS) fue invocada ante la Corte Suprema norteamericana para exigir la responsabilización de empresas que violaron derechos humanos en otros países.

Hay que admitir que esa discusión es relativamente reciente, habiendo aún muchas lagunas e indefiniciones sobre cómo lidiar con la responsabilización, en diversos niveles, de los varios actores transnacionales involucrados. El Estado, sin embargo, continúa siendo el actor principal en su obligación de velar y de hacer cumplir los derechos humanos dentro de su jurisdicción.

Resta entonces indagar cómo se harán valer las garantías del derecho. La morosidad del sistema judicial en Brasil, y la ineficacia con la que han sido tratados casos de este tipo, sumadas a la postura del gobierno brasileiro frente a órganos jurisdiccionales internacionales, conforman un escenario bastante desalentador. Por eso, es imprescindible considerar que, en los casos de violaciones derivados de megaproyectos de desarrollo, la discusión no se puede limitar a las responsabilidades para la reparación, aún si ese es un aspecto importantísimo del debate, ya que la mayor parte de las poblaciones afectadas en el pasado no recibieron ningún tipo de indemnización por los daños sufridos. En una perspectiva de planificación futura, se vuelve necesario expandir la discusión para abarcar también los aspectos cruciales de la prevención. O sea, ¿cómo es posible concebir y promover un modelo de desarrollo que minimice al máximo el potencial de violaciones? ¿Cómo concebir un modelo de desarrollo que verdaderamente sirva para la realización de los derechos humanos?

5 Consideraciones finales

Si el actual *slogan* del gobierno brasileiro, ‘Brasil, país rico es país sin pobreza’, traduce realmente su compromiso, entonces se puede imaginar que sería viable conciliar los objetivos de desarrollo del gobierno y los de los defensores de los derechos humanos. Pues si se comparten los objetivos de acabar con la pobreza y de construir sociedades más inclusivas, prósperas y justas, entonces también puede existir el interés de trabajar más estrechamente. La función de los derechos humanos, por medio de sus defensores, no consiste apenas en denunciar violaciones y controlar a las autoridades, sino sobre todo en informar y orientar los procesos de toma de decisión. Existe, por lo tanto, una ventana de oportunidades para un diálogo que no debería perderse.

El así denominado ‘abordaje de los derechos humanos para el desarrollo’ representa exactamente esa operacionalización de la complementariedad de los derechos humanos en tanto que medios y fines del desarrollo. Ese enfoque integra normas, patrones y principios del sistema internacional de derechos humanos en los planes, políticas y procesos de desarrollo local. El derecho le confiere carácter legal a los procesos de desarrollo que deben, de esta forma, orientarse según los principios de participación, empoderamiento, transparencia y no discriminación (ROBINSON, 2005). El gran mérito del enfoque de los derechos humanos es justamente que llama la atención sobre la discriminación y la exclusión. Se niega que ganancias y resultados de macro-escala se realicen inadvertidamente, con violaciones de los derechos humanos de aquellos que no se ven beneficiados por tales proyectos.

En este punto, se revela una respuesta positiva para la pregunta inicial sintetizada en las palabras de Walama (2002). Sí, es posible conciliar desarrollo económico y social

con la realización de derechos individuales y colectivos. Tal convergencia está consolidada justamente en el concepto de “desarrollo humano”, según el cual desarrollo se entiende como un proceso de expansión de las oportunidades de elección del individuo para que pueda tener acceso al conocimiento y a los recursos, y así llevar una vida saludable (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2000). La idea de que el desarrollo debe servir a la realización de los derechos humanos, en la medida en que no existe desarrollo sin respeto a tales derechos, ha venido siendo cada vez más difundida y ya fue incluso incorporada en la retórica de las autoridades. Sin embargo en la práctica, falta aún un largo camino por recorrer para su concreción.

Lo que se procuró con el presente trabajo fue demostrar que el actual modelo de desarrollo implementado en Brasil no ha necesariamente sacado a los brasileros de la pobreza, sino que ha acentuado desigualdades y agravado la miseria en la que viven grupos históricamente marginados. Se constata que Brasil está lejos de garantizar todos los principios que deberían regir la lógica del desarrollo, es decir, participación, empoderamiento, transparencia y no discriminación. El modelo de desarrollo adoptado en Brasil actualmente, no es liberador y no promueve la expansión de oportunidades y capacidades para los individuos y sus comunidades. La elección hecha por Brasil es catalizadora de conflictos socio-ambientales y sólo beneficia realmente a algunos grupos privilegiados.

El momento es crucial para que la sociedad brasileña pueda discutir ampliamente alternativas y para que pueda exigir críticamente a las autoridades, un desarrollo que realmente beneficie a los brasileros. Los derechos humanos, en ese contexto, sirven de parámetro. La estadística ofrece buenos indicadores numéricos – de vivienda, ingresos, etc. – y es útil para medir desigualdades. Pero la simple estadística no contempla aspectos no materiales y, en este sentido, deja de transmitir lo más importante. Es decir, la humillación y la pérdida de dignidad que sufren los excluidos del desarrollo. Que puedan los derechos humanos servir como un criterio fundamental para la planificación de políticas públicas y para la evaluación de sus potenciales resultados.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- ARTICULAÇÃO NACIONAL DOS COMITÊS POPULARES DA COPA - ANPCP. 2011. **Megaeventos e Violações de Direitos Humanos no Brasil**. Dossiê. Disponible en: <http://www.portalpopulardacopa.org.br/index.php?option=com_k2&view=item&id=198:dossi%C3%AA-nacional-de-viola%C3%A7%C3%B5es-de-direitos-humanos>. Visitado em: Mayo 2013.
- ARANTES, Otilia; VAINER, Carlos; MARICATO, Ermíria. 2000. **A Cidade do Pensamento Único: desmanchando consensos**. Petrópolis: Vozes.
- ATTUCH, Leornado. 2008. A era dos megaprojetos [reportagem]. **Isto É Dinheiro**. Disponible en: <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/1560_A+ERA+DOS+MEGAPROJETOS>. Visitado en: Mayo 2013.

- BARROS, Juliana N.; SYLVESTRE, Marie-Eve. (Org.). 2004. **Atingidos e Barrados – As violações de direitos humanos na hidrelétrica Candonga**. Rio de Janeiro / Minas Gerais: Centro de Justiça Global / Comissão Pastoral da Terra - Minas Gerais; Movimento dos Atingidos por Barragens; Núcleo de Assessoria às Comunidades Atingidas por Barragens. Disponible en: <http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/a_pdf/r_jg_mg_candonga_2004.pdf>. Visitado en: Mayo 2013.
- BERMANN, Célio. (2003). O Brasil não precisa de Belo Monte. **Observatório da Cidadania**, Belém, PA, p. 181-184.
- BRASIL. s/d. _____. Controladoria Geral da União. Portal da Transparência. Copa 2014. **Como fazer download dos dados?** Disponible en: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/dados/download.seam>>. Visitado en: Mayo 2013.
- _____. 2011. Portal Brasil. **Respeito aos direitos humanos é condição para desenvolvimento, diz presidenta**. 9 dez. Disponible en: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2011/12/9/respeito-aos-direitos-humanos-e-condicao-para-desenvolvimento-diz-presidenta>>. Visitado en: Mayo 2013.
- COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS - CIJ. 2011. **Acesso à Justiça: violações de Direitos Humanos por Empresas – Brasil**. Relatório. Disponible en: <[http://www.fiepr.org.br/nospodemosparana/uploadAddress/brasil_report_august\[29640\].pdf](http://www.fiepr.org.br/nospodemosparana/uploadAddress/brasil_report_august[29640].pdf)>. Visitado en: Mayo 2013.
- CONSELHO DE DEFESA DOS DIREITOS DA PESSOAS HUMANA - CDDPH. 2010. **Relatório da Comissão Especial “Atingidos por Barragens”**. Disponible en: <http://www.direitoshumanos.gov.br/conselho/pessoa_humana/relatorios>. Visitado en: Mayo 2013.
- CONSERVAÇÃO INTERNACIONAL BRASIL. 2007. **Estudo analisa implicações de megaprojetos de infra-estrutura**. Brasília, 2 maio. Disponible en: <<http://www.conservation.org.br/noticias/noticia.php?id=240>>. Visitado en: Mayo 2013.
- DE PAULA, Marilene. 2012. Obstáculos para o Desenvolvimento? Direitos Humanos, Políticas de Infraestrutura e Megaeventos no Brasil. In: **Um Campeão Visto de Perto – Uma Análise do Modelo de Desenvolvimento Brasileiro**. Rio de Janeiro: Heinrich Böll Stiftung. (Série Democracia). Disponible en: <http://br.boell.org/downloads/marilene_de_paula.pdf>. Visitado en: Mayo 2013.
- GREENE, Solomon J. 2003. Staged Cities: Mega-events, Slum Clearance, and Global Capital. **Yale Human Rights and Development Law Journal**, v. 6, p. 161-187. Disponible en: <<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/LawJournals/greene.pdf>>. Visitado en: Mayo 2013.
- JERONYMO, Alexandre C. J.; BERMANN, Célio; GUERRA, Sinclair M.-G. 2012. Deslocamentos, itinerários e destinos de populações atingidas por Barragens: UHE Tijuco Alto, SP – PR. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, UFPR, v. 25, p. 133-152. Disponible en: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/made/article/viewArticle/25273>>. Visitado en: Mayo 2013.
- LISBOA, Marijane.; BARROS, Juliana N. 2009. Relatoria do Direito Humano ao Meio Ambiente: Relatório Analítico mandato 2007 a 2009. In: SCHUHLLI, Laura B.; CARDIERI, Ligia (Org.). **Desafios dos Direitos Humanos no Brasil e a Experiência das Relatorias Nacionais em Dhesca**. Informe 2007/2009. Curitiba: Terra de Direitos, 2009. Disponible en: <http://issuu.com/plataformadhesca/docs/desafios_direitos_humanos>. Visitado en: Mayo 2013.

- MAYBURY-LEWIS, David. 1992. Desenvolvimento e Direitos Humanos: a responsabilidade do antropólogo. In: ARANTES, Antonio A.; RUBEN, Guillermo R.; DEBERT, Guita G. (Org.). **Desenvolvimento e Direitos Humanos: A responsabilidade do antropólogo**. Campinas: Editora da Unicamp, 1992. p. 49-55.
- MOVIMENTO DOS ATINGIDOS POR BARRAGENS - MAB. 2011. A violação dos direitos dos atingidos por barragens no Brasil. In: MERLINO, Tatiana; MENDONÇA, Maria Luisa (Org.). **Direitos Humanos no Brasil 2011**. Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos. São Paulo: Rede Social de Justiça e Direitos Humanos. p. 97-102. Disponível em: <http://www.social.org.br/DH_2011_ALTA.pdf>. Visitado em: Mayo 2013.
- NETO, Joaquim S. (Org.). 2007. Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional. Coleção Documentos de Bolso n. 1. Manaus: UEA.
- PILLAY, Udesch; BASS, Orli. 2008. Mega-events as a Response to Poverty Reduction: The 2010 FIFA World Cup and its Urban Development Implications. **Urban Forum**, v. 19, n. 3, p. 329-346.
- PRADO, Débora. 2011. Copa e Olimpíadas: o que realmente está em jogo?. **Revista Caros Amigos**, n. 166. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-gerais/2011/fevereiro/copa-e-olimpiadas-o-que-realmente-esta-em-jogo>>. Visitado em: Mayo 2013.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - PNUD. 2000. **Relatório de Desenvolvimento Humano**. Síntese; Direitos Humanos e desenvolvimento humano - pela liberdade e solidariedade. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/hdr/arquivos/RDH2000/Sintese_RDH.pdf>. Visitado em: Mayo 2013.
- NAÇÕES UNIDAS (2011). Relatoria Especial da ONU para a Moradia Adequada. 2011. Como Atuar em Projetos que Envolvem Despejos e Remoções: Princípios Básicos e Orientações para Remoções e Despejos Causados por Projetos de Desenvolvimento. Guia. Supervisão Raquel Ronilk, textos Paula Ligia Martins, Marcia Saeko Hirata e Joyce Reis. Disponível em: <http://issuu.com/unhousing/docs/guia_portugues/1>. Visitado em: Mayo 2013.
- ROBINSON, Mary. 2005. What Rights Can Add to Good Development Practice. In: ALSTON, Philip; ROBINSON, Mary. (Ed.). **Human Rights and Development: Towards Mutual Reinforcement**. New York: Oxford University Press. p. 24-44. Disponível em: <<http://fds.oup.com/www.oup.co.uk/pdf/0-19-928462-8.pdf>>. Visitado em: Mayo 2013.
- RUGGIE, John. 2011. **Empresas e Direitos Humanos**. Parâmetros da ONU para Proteger, Respeitar e Reparar. Relatório Final. UN Doc HR/PUB/11/04. São Paulo: Conectas. Versão em português Disponível em: <[http://conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012\(1\).pdf](http://conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012(1).pdf)>. Visitado em: Mayo 2013.
- SEVÁ FILHO, Arsenio O. (Org.). 2005. **Tenotã-Mó: Alertas sobre as consequências dos projetos hidrelétricos no rio Xingu, Pará, Brasil**. São Paulo: International Rivers Network. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/10340.pdf>. Visitado em: Mayo 2013.
- SOUZA, Robson. 2011. A Copa do Mundo é nossa? **Observatório das Metrôpoles**. Disponível em: <http://www.observatoriodasmetropoles.net/index.php?option=com_k2&view=item&id=39%3Aa-copa-do-mundo-%C3%A9-nossa%3F&lang=pt>. Visitado em: Mayo 2013.

- TERRA DE DIREITOS. 2011. **Cartilha Protegendo-nos**: medidas para proteção de defensores de direitos humanos em defesa dos rios amazônicos. Disponible en: <<http://landsandrights.blog.com/files/2011/10/Cartilha-Protegendo-nosTDD.pdf>>. Visitado em: Mayo 2013.
- VENTURA, Deisy. 2012. Depois de Belo Monte, Brasil mudou sua postura com a OEA. Entrevista concedida a Raquel Duarte. **Jornal Sul 21**, Porto Alegre. Disponible en: <<http://www.sul21.com.br/jornal/2012/09/depois-de-belo-monte-brasil-mudou-postura-com-a-oea-diz-deisy-ventura/>>. Visitado em: Mayo 2013.
- WAMALA, Elizabeth. 2002. Freedom and Human Rights: The Development Dilemma in Sub-Saharan Africa. In: DALFOVO, A. T. et al. (Ed.). **Ethics, Human Rights and Development in Africa**. Ugandan Philosophical Studies, III. Cultural Heritage and Contemporary Change, series II, v. 8. Washington, DC: Council for Research in Values and Philosophy. p. 101-114.
- WANDERLEY, Isabella F. et al. 2007. Implicações da Iniciativa de Integração da Infra-estrutura Regional Sul-americana e projetos correlacionados na política de conservação no Brasil. **Revista Política Ambiental**, Conservação Internacional Brasil, Belo Horizonte, n. 3, maio, p. 3-42. Disponible en: <http://www.conservation.org.br/publicacoes/files/politica_ambiental_3_maio_2007.pdf>. Visitado en: Mayo 2013.

Jurisprudencia

- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2011. Decisão MC-382-10 de 01 de abril. **Comunidades indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará**. <http://www.xinguvivo.org.br/wp-content/uploads/2010/10/Carta_otorgamiento_corregida_petionario1.pdf>. Visitado en: Mayo 2013.

NOTAS

1. Ver nota al respecto publicada en el Portal Brasil de 09/12/2011 titulada "Respeito aos direitos humanos é condição para desenvolvimento, diz presidenta", disponible en: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2011/12/9/respeito-aos-direitos-humanos-e-condicao-para-desenvolvimento-diz-presidenta>>. Visitado el: 05/02/2013
2. La noción de "ciudades espectáculo" es usada para caracterizar espacios urbanos que fueron transformados a partir de la posibilidad de servir como escenario mundial para mega-eventos. Debido a la visibilidad que estos eventos generan en la ciudad, su apariencia se torna un aspecto primordial para los esquemas de renovación. El desarrollo de esas ciudades deja de servir a las necesidades de todos sus habitantes, y pasa a obedecer a una lógica de mercado, que poco ofrece soluciones de largo plazo para los reales problemas urbanos y de forma apresurada elimina los aspectos considerados "indeseables" al paisaje (GREENE, 2003).
3. Disponible en: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/dados/download.seam>> o en interface de fácil visualización en: <<http://opencopa.com/>>. Visitado en: Mayo 2013.
4. Tales condiciones incluían: la realización de procesos de consulta previa, libre, informada, de buena fe y culturalmente adecuada; y la adopción de medidas vigorosas para proteger la vida, salud e integridad personal de los pueblos indígenas afectados. Ver al respecto Decisão MC-382-10 de 01/04/2011 da CIDH-OEA, disponible en: <http://www.xinguvivo.org.br/wp-content/uploads/2010/10/Carta_otorgamiento_corregida_petionario1.pdf>. Visitado en: Mayo 2013.
5. Nota de la Editora: Local sagrado donde los seguidores de Umbanda y/o Candomblé se reúnen para rendir culto a sus divinidades, conocidas como Orixás.

ABSTRACT

This article offers an overview of the human rights violations that have been taking place in Brazil as a result of the implementation of mega development projects. Using the emblematic cases of the 2014 World Cup and the Belo Monte hydroelectric complex as a backdrop, it aims to demonstrate that there is a pattern of violations that is being repeated, whether in the forests, the countryside or in the cities. The article also looks at where the responsibilities lie in this context. It proposes, therefore, to promote a reflection on what kind of development model is truly desirable for Brazilian society and for the country.

KEYWORDS

Megaprojects – Development – Human rights violations

RESUMO

O artigo oferece um panorama sobre o quadro de violações dos direitos humanos que vem ocorrendo no Brasil a partir da implementação de megaprojetos de desenvolvimento. Usando como pano de fundo os casos emblemáticos da Copa do Mundo de 2014 e do Complexo Hidroelétrico de Belo Monte, objetiva-se demonstrar que há um padrão de violações que se repetem, seja nas matas, no campo ou nas cidades. O artigo aporta ainda um estudo sobre a quem incumbem as responsabilidades nesse contexto. Almeja-se, com isso, incitar uma reflexão sobre que tipo de modelo de desenvolvimento, enquanto sociedade brasileira, deseje-se verdadeiramente para o país.

PALAVRAS-CHAVE

Megaprojetos – Desenvolvimento – Violações de direitos humano



DANIEL W. LIANG WANG

Daniel W. Liang Wang es doctorando en la London School of Economics and Political Science. Tiene una maestría en Derecho por la Universidad de São Paulo y otra en Filosofía y Políticas Públicas por la London School of Economics and Political Science.

Email: d.w.wang@lse.ac.uk



OCTAVIO LUIZ MOTTA FERRAZ

Octavio Luiz Motta Ferraz es profesor asociado de Derecho en la Universidad de Warwick. Tiene un doctorado de la University College de Londres, una maestría del King's College de Londres y otra de la Universidad de São Paulo.

Email: O.L.M.Ferraz@warwick.ac.uk

RESUMEN

Los litigios en materia de derecho a la salud en Brasil plantean un debate sobre sus efectos distributivos en un entorno de recursos limitados. Varios estudios han mostrado que una proporción significativa de los litigios los llevan a cabo demandantes individuales que viven en los estados, ciudades y distritos más ricos de Brasil y por lo general están representados por abogados privados, cuyos honorarios están fuera del alcance de la mayoría de la población pobre. Para algunos, esto es una indicación de que los efectos distributivos de los litigios son muy probablemente negativos, pues tienden a beneficiar a un grupo socioeconómico privilegiado y pueden obligar a las autoridades sanitarias a desviar hacia ellos recursos de los programas integrales de salud destinados a la mayoría de la población. Otros, sin embargo, sostienen que, pese a ello, los tribunales pueden proporcionar una voz institucional importante para los pobres y promover la equidad en salud cuando logran acceder a ellos. Por tanto, el principal problema para este “bando favorable a los litigios” es mejorar el acceso a la justicia. Nuestro objetivo es analizar las demandas en que los litigantes están representados por abogados públicos (de la Defensoría Pública y del Ministerio Público), en litigios en materia de derecho a la salud en la ciudad de São Paulo para averiguar si al menos este tipo de litigios está llegando a los ciudadanos más necesitados. Este estudio analiza tres indicadores: los ingresos de los litigantes, el índice de desarrollo humano y el índice de necesidades de salud de las zonas en que viven. Nuestra conclusión es que, aunque los abogados públicos parecen representar principalmente a personas de bajos ingresos, otros indicadores sugieren que todavía hay importantes obstáculos para que lleguen a los más necesitados.

Original en inglés. Traducido por Fernando Campos Leza

Recibido en febrero de 2013. Aceptado en mayo de 2013.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la salud – Acceso a la justicia – Abogados públicos – Pobreza – Brasil



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

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

¿LLEGAR A LOS MÁS NECESITADOS? EL ACCESO A LA JUSTICIA Y EL PAPEL DE LOS ABOGADOS PÚBLICOS EN LITIGIOS EN MATERIA DE DERECHO A LA SALUD EN LA CIUDAD DE SÃO PAULO*

Daniel W. Liang Wang y Octavio Luiz Motta Ferraz

1 Introducción

Desde que se plasmara el reconocimiento del derecho a la salud en la Constitución brasileña de 1988 y con mayor intensidad a partir de la década pasada, cientos de miles de demandas han llegado a los tribunales brasileños pidiendo al Poder Judicial que haga valer ese derecho frente al Gobierno.¹ En el mundo académico se observa un creciente interés en el estudio de las características de este fenómeno, así como en su impacto en el disfrute efectivo del derecho a la salud de la población brasileña.

Un panorama más general de Brasil hasta el momento (FERRAZ, 2011a, 2011b) ha mostrado que los litigios se concentran mayoritariamente en los estados, municipios y distritos en que los indicadores socioeconómicos y, como consecuencia, las condiciones de salud, son comparativamente mejores. Algunos estudios también ponen de manifiesto que el grueso de los gastos en que ha incurrido el Gobierno debido a tales litigios se centra en tratamientos individuales, principalmente referentes a medicamentos caros y a menudo importados, para enfermedades que posiblemente no constituyan una prioridad para la mayoría de la población atendida por el sistema público de salud (VIEIRA; ZUCCHI, 2007; CHIEFFI; BARATA, 2009; MAESTADT; RAKNER; FERRAZ, 2011; NORHEIM; GLOPPEN, 2011). Por otra parte, hay sólidas pruebas empíricas de que en la mayoría de localidades los litigantes que reclaman tratamientos de salud proceden mayormente de capas acomodadas (VIEIRA; ZUCCHI, 2007; SILVA; TERRAZAS, 2011, CHIEFFI; BARATA, 2009; MACHADO et al., 2010;

* Nos gustaría dar las gracias a Virgilio Afonso da Silva y Diogo R. Coutinho por sus enriquecedores comentarios sobre las versiones anteriores de este artículo. También deseamos dar las gracias a los asistentes a la reunión anual de la Asociación de Derecho y Sociedad (Law and Society Association), donde se presentó por primera vez este artículo. También estamos en deuda con los defensores públicos Rafael Vernaschi y Vânia Casal y con el Ministerio Público por permitirnos acceder a los datos utilizados en esta investigación.

MACEDO; LOPES; BARBERATO-FILHO, 2011; PEREIRA et al, 2010; SANTOS, 2006).

De esa forma, esos estudios indican que la judicialización de la salud en Brasil tiende a beneficiar a una minoría socioeconómica privilegiada que tiene un mayor acceso a la información, a asistencia jurídica y a los tribunales, probablemente forzando a las autoridades políticas sanitarias a desviar los escasos recursos de programas de salud integrales y racionalmente ideados, que benefician a la mayoría de la población, hacia servicios de salud (a menudo, medicamentos nuevos y caros) que ni son rentables ni una prioridad para un sistema público de salud cuyo objetivo es atender con recursos limitados a una población muy numerosa y necesitada (VIEIRA; ZUCCHI, 2007; CHIEFFI; BARATA, 2009; FERRAZ, 2009, 2011a, 2011b; MAESTADT; RAKNER; FERRAZ, 2011; NORHEIM; GLOPPEN, 2011).

Este “modelo brasileño” de litigios en materia de salud (FERRAZ, 2009, 2011a) ha dividido a los comentaristas en dos bandos opuestos. Por un lado está el bando a favor de los litigios, que cree que estos tienen un papel legítimo y positivo de forzar a un ejecutivo recalcitrante a cumplir el derecho a la salud incluido en la Constitución de 1988. Otros, sin embargo, afirman que el tipo de litigios que prevalecen en Brasil (el “modelo brasileño”), en lugar de hacer efectivo el derecho a la salud, podría representar un obstáculo para la aplicación de ese derecho.²

Queremos evaluar más a fondo en este artículo una de las aseveraciones del que hemos denominado “bando favorable a los litigios” que, al menos en principio, nos parece plausible. Sin embargo, antes debemos distinguir entre dos líneas principales en el bando favorable a los litigios que son significativamente diferentes (nuestro artículo trata solo de una de ellas). Una posición (defendida principalmente por abogados, jueces y algunos activistas de los derechos sanitarios) pasa por alto o ignora, por considerarlo irrelevante, el panorama que muestran los estudios empíricos anteriormente citados. Para ellos, el “modelo brasileño” de litigios no es en absoluto problemático, pues, incluso aunque beneficie sobre todo a una minoría socioeconómica relativamente privilegiada, sigue suponiendo, en su opinión, hacer efectivo el derecho a la salud reconocido en la Constitución, que no distingue entre pobres y ricos, es decir, es un derecho universal. Nos parece que esa posición es insostenible por razones que aquí solo podemos indicar brevemente. Dado que los recursos para la salud son necesariamente escasos (es decir, los recursos disponibles en el sistema público brasileño de salud no son suficientes para satisfacer todas las necesidades de salud de toda la población), el derecho a la salud reconocido en la Constitución brasileña no puede interpretarse de manera aceptable como un derecho ilimitado a la satisfacción de todas las necesidades de salud de toda la población brasileña (FERRAZ; VIEIRA, 2009). Por otra parte, en los países muy desiguales, como Brasil, donde existen grandes desigualdades históricas en materia de salud y de todos los demás bienes sociales que las constituciones buscan reducir (art. 3), el derecho a la salud no puede interpretarse de una manera que resulte neutral para las necesidades de los más pobres. Tal interpretación “neutral” perpetuaría tales enormes desigualdades en salud o, peor aún, las aumentaría, lo que probablemente está haciendo el modelo brasileño de litigios, aunque quizá no, o todavía no, a gran escala (FERRAZ, 2009).

La otra posición principal en el bando favorable a los litigios es mucho más plausible. Acepta todas las premisas del bando contrario a los litigios, es decir, que

los recursos son escasos, que tienen que ser asignados de manera no neutral con el fin de mejorar las condiciones de salud de los más pobres, y que el modelo brasileño de litigios no es ideal. Sin embargo, ellos creen que el modelo no es totalmente negativo, y muestran una visión optimista sobre la posibilidad de cambiarlo para mejor.

Uno de sus argumentos es que los tribunales pueden (al menos potencialmente) proporcionar una importante voz institucional para los pobres, a condición de que el acceso a los tribunales se extienda a los menos favorecidos. Por tanto, la solución no debería ser parar los litigios, como algunos críticos de la judicialización de la salud parecen sugerir, sino *extenderlos* a aquellos que más los necesitan. En otras palabras, el problema no está en los litigios en sí, sino más bien en el acceso a la justicia. De esa forma, si se produjera una mejora significativa en el acceso a la justicia, los litigios podrían, en principio, tener un impacto positivo.

Esta es la hipótesis que ponemos a prueba en este artículo. Efectivamente, el acceso a la justicia en Brasil ha mejorado en gran medida desde la Constitución de 1988. En cuanto a los litigios en materia de derecho a la salud, hay dos estados en que los litigantes representados por abogados públicos superan a los que tienen representación privada: Rio de Janeiro y Rio Grande do Sul (PEPE et al., 2010; SANT'ANNA, 2009; MESSEDER; OSORIO-DE-CASTRO; LUIZA, 2005; BIEHL et al., 2012).³ En el caso de la ciudad de São Paulo, entre el 25 % y el 30 % (SILVA; TERRAZAS, 2011; CHIEFFI; BARATA, 2009) de los demandantes están representados por abogados públicos de la Defensoría Pública (en adelante, "DP") y del Ministerio Público (en adelante, "MP"), cuya competencia consiste exclusivamente (DP) o en parte (MP) en representar a los más desfavorecidos.

Utilizamos datos empíricos recogidos en 2009 en la DP y el MP en la ciudad de São Paulo sobre el perfil socioeconómico de los litigantes y los tipos de prestaciones sanitarias que reclamaban mediante el litigio. Nuestro objetivo es determinar si estos abogados públicos son capaces de hacer efectivos los cambios que la posición más plausible dentro del bando favorable a los litigios afirma que son factibles. Si hay quienes puedan recurrir a los litigios para mejorar las políticas de asistencia sanitaria para los más necesitados, probablemente serán esos abogados públicos.⁴ Considerando correcta nuestra interpretación no neutral del derecho a la salud, nuestras preguntas son las siguientes: a) ¿han representado hasta ahora los abogados públicos a los más necesitados?; b) ¿se han centrado en los problemas de salud más urgentes para mejorar la salud de los grupos más pobres de la población?

Hay varios motivos por los que elegimos São Paulo como caso de estudio en este trabajo. En primer lugar, debido a la disponibilidad y accesibilidad de datos. En segundo lugar, debido a que São Paulo es una de las ciudades donde los litigios en materia de salud están creciendo más, en parte porque es la ciudad más poblada y rica de Brasil, y además tiene un sistema público de salud razonablemente bien desarrollado. Finalmente, la mayor parte de los estudios empíricos que evidencian una fuerte relación entre el estatus socioeconómico y el volumen de litigios se ha llevado a cabo en São Paulo. Por todo ello, São Paulo puede usarse para comparar los litigios en materia de salud tramitados por abogados privados en nombre de individuos relativamente favorecidos con los defendidos por abogados públicos, con el fin de evaluar si se sustentan o no las afirmaciones del campo favorable a los litigios.

2 Los datos

2.1 Defensoría Pública (DP)

La DP es la institución responsable de ofrecer asistencia jurídica gratuita a los ciudadanos de bajos ingresos que no tienen recursos económicos para pagar abogados privados. En el estado de São Paulo, en concreto, esta institución no fue creada hasta 2006⁵ y ofrece asistencia jurídica a los ciudadanos cuyos ingresos mensuales no superan el triple del salario mínimo nacional.

Cuando se concluyó la recopilación de datos, en el mes de febrero de 2009, el salario mínimo brasileño era de R\$ 465 (reales brasileños), por lo que el umbral para calificar para la asistencia jurídica gratuita de la DP era de R\$ 1395 por mes una suma equivalente a unos 580 dólares de entonces. No obstante, dicho umbral es flexible y hay personas que pueden recibir asistencia jurídica en función de su situación familiar (bienes y número de miembros), del valor económico involucrado en el litigio y del tipo de litigio. En los casos de medicación, en particular, el umbral puede (y suele) dejarse de lado cuando el precio de la medicación del litigio es alto.

La DP tiene muchas unidades repartidas por toda la ciudad de São Paulo, pero los casos relacionados con cuestiones de salud están centralizados en un único centro (*Unidade Fazenda Pública*), situada en pleno centro de la ciudad. En ese centro había en 2009 cinco defensores públicos y los casos se distribuían al azar a cada uno de ellos, con lo que todos ellos se ocupaban de aproximadamente el mismo número de casos. Dada esta distribución, el análisis de los casos de los que se ocupaba un defensor público en particular nos proporcionó una muestra aleatoria del 20% de todos los casos de derecho a la salud en la DP.

Seleccionamos casos de derecho a la salud que abarcan desde 2006 —año en que la Defensoría Pública de São Paulo entró en funcionamiento— hasta febrero de 2009, fecha de conclusión de nuestra investigación. Fueron analizados un total de 340 casos.

2.2 Ministerio Público (MP)

El MP es la institución responsable, entre otras funciones, por velar por que los poderes públicos respeten los derechos garantizados por la Constitución y por la protección y representación de los intereses colectivos y públicos.⁶ Aunque tanto la DP como el MP están legitimados para presentar demandas individuales y colectivas, un acuerdo informal entre ellos estableció que, en São Paulo, la DP sería el principal responsable de las demandas individuales mientras que el MP se centraría especialmente en acciones colectivas (*Ações Civas Públicas*).⁷

En el MP había en ese momento un departamento especial encargado de los casos de derecho a la salud: el Grupo de Acción Especial de Salud Pública (*Grupo de Ação Especial à Saúde Pública*, o GAESP, por su sigla en portugués).

El GAESP fue creado en 1999 y hasta la fecha en que fue concluida esta investigación, en febrero de 2009, había tramitado 62 acciones colectivas. Entre tales acciones, elegimos solo aquellas en que el litigio iba contra los poderes públicos y que exigían algún tipo de prestación pública de asistencia sanitaria u otras medidas relacionadas con la salud (32 casos se encuadraban en esa descripción y fueron, por lo tanto, analizados).

3 Descripción general de los casos

3.1 Defensoría Pública

En los casos representados por la Defensoría Pública, la mayoría de ellos (47 %) demandaban medicamentos para los siguientes problemas de salud: diabetes (25,24 %), parálisis cerebral infantil (6,65 %), hipertensión arterial (5,48 %), glaucoma (3,32 %), accidentes cerebrovasculares (3,33 %), cardiopatías (3,33 %) y cáncer (2,35 %). También hubo una cantidad considerable de casos que demandaban productos de salud para la medición y el control de la diabetes y pañales para las personas que sufren de accidentes cerebrovasculares y parálisis cerebral infantil.

En la mayoría de los casos, la DP tuvo éxito en sus demandas. De los 293 casos en que esa información estaba disponible, en 84,64 % de ellos la Defensoría Pública recibió una decisión provisional favorable al demandante. En el 78 % de los casos, la sentencia definitiva favoreció al demandante. Los datos también muestran que el gobierno del estado de São Paulo presentó 187 recursos ante el Tribunal de Apelación contra sentencias definitivas desfavorables. De los 63 casos de los recursos en apelación a cuyos resultados tuvimos acceso, el 76 % no tuvieron éxito. De acuerdo con los registros de la DP, solo hubo 27 casos en que la decisión de primera instancia fue contraria al demandante, aunque el resultado se revirtió en los recursos de apelación en 21 casos, es decir, casi en el 80 % de ellos. De esta manera, según los datos de que disponemos, la tasa total de éxito de los pacientes en el Tribunal de Apelación fue de alrededor del 78 %.

3.2 Ministerio Público

El Grupo de Acción Especial de Salud Pública (GAESP) del Ministerio Público se ocupó exclusivamente de las acciones colectivas (*Ações Civas Públicas*). De los 32 casos analizados, 22 (69 %) fueron quejas sobre el mal estado de la salud, los hospitales, las unidades básicas de salud y los ambulatorios del sector público. Las causas de los litigios eran la falta de materiales, instrumentos, medicamentos,⁸ ambulancias, equipos, profesionales (médicos y enfermeras) y problemas de higiene, seguridad y mantenimiento de los edificios.

En 9 casos (28 %), el Ministerio Público solicitó medicamentos y tratamientos específicos para las siguientes enfermedades: hepatitis C (2 demandas), hipertermia maligna, insuficiencia renal crónica, epilepsia, enfermedad pulmonar obstructiva crónica, autismo y adrenoleucodistrofia. En un caso se reivindicaba transporte público gratuito para acudir a los servicios médicos para las mujeres embarazadas de bajos ingresos.

No dispusimos de los datos sobre el índice de éxito de los casos para todo el conjunto de datos. Para la primera instancia, esa información estaba disponible en el 66 % de las decisiones provisionales, en el 76 % de las decisiones finales y en el 63 % de los recursos de apelación. El resultado fue que, de acuerdo con los datos disponibles, el 64 % de las decisiones provisionales fueron a favor de los demandantes y el 36 % en contra. En cuanto a las decisiones finales, el 80 % se pronunciaron a favor del demandante y el 20 % en contra. En lo relativo a las decisiones de apelación, la tasa de éxito de los demandantes cayó al 52 %.

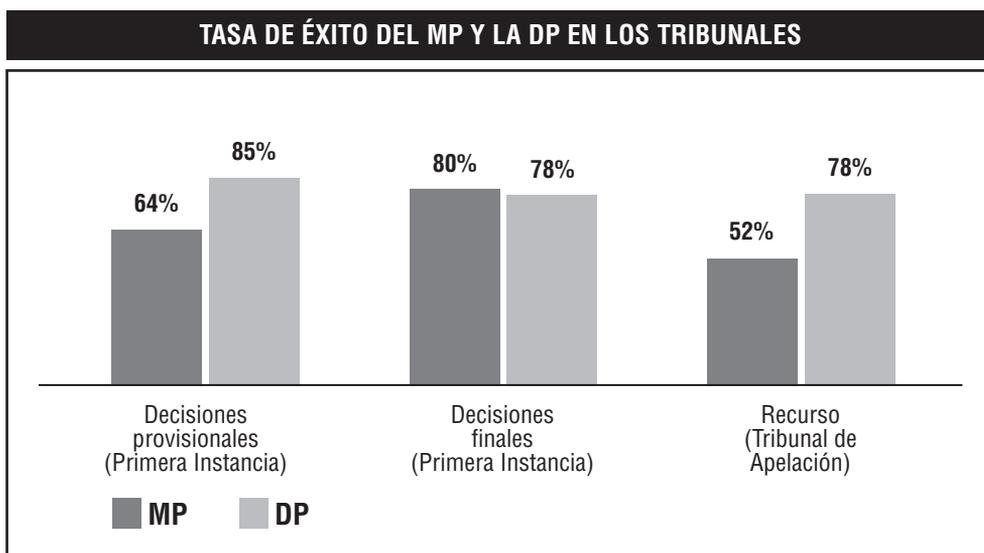
De esta manera, la comparación entre las tasas de éxito muestra que el MP registra un número significativamente menor de éxitos que la DP tanto en las decisiones provisionales en los tribunales de primera instancia como en las decisiones definitivas del Tribunal de Apelación, aunque cosecha un poco más de éxito en las decisiones finales en primera instancia. (Véase gráfico 1).

El mayor número de revocaciones en apelación y el menor éxito en las decisiones provisionales para los casos del MP podrían explicarse por el hecho de que estos casos son colectivos y, por ende, más estructurales que los tratados por la DP. Son estructurales en el sentido de que su objetivo es promover cambios significativos en las políticas de salud pública que afectan a un mayor número de personas, y tendrán un impacto económico y presupuestario significativo, mientras que todos los casos de nuestra muestra tratados por la DP constituyen reivindicaciones individuales.

Como norma general, es posible afirmar que, cuanto mayor sea el impacto político y económico, más cautelosos se mostrarán los tribunales (especialmente los tribunales superiores) en la revisión de decisiones administrativas y políticas (véase TAYLOR, 2006, p. 275). Esto podría explicarse por el hecho de que en estos casos los tribunales no están tan seguros sobre las consecuencias de la decisión o porque el activismo judicial en tales casos podría ponerlos en una situación de grave conflicto con los poderes políticos. Ese es probablemente el motivo por el que las demandas de pequeña escala —por ejemplo, las reclamaciones individuales tramitadas por la DP— parecen tener mayores posibilidades de éxito que los casos estructurales, al igual que lo son también los casos individuales defendidos por abogados privados. Evidentemente, es cierto que los casos individuales considerados en conjunto también tienen un significativo impacto en las políticas y presupuestos, sobre todo si hay miles de ellos, pero ese potencial efecto indirecto no parece preocupar a los jueces.

El Supremo Tribunal Federal de Brasil (el más alto tribunal del Poder Judicial

Gráfico 1



Fuentes: Defensoria Pública do Estado de São Paulo y Ministério Público do Estado de São Paulo, 2009.

brasileño) parece confirmar esa regla general, al menos en los litigios en materia de derecho a la salud. En dos decisiones recientes —STA 424 y SL256—, el Supremo Tribunal Federal rechazó demandas colectivas sobre la base de que pueden afectar el presupuesto público y constituir un “obstáculo para la adecuada prestación de los servicios públicos por parte de la Administración Pública”. Este tribunal también afirmó que una reivindicación de asistencia sanitaria debe concederse exclusivamente si la necesidad se prueba individualmente. A pesar de que la interpretación del Supremo Tribunal Federal no obliga a los tribunales inferiores (salvo en algunas excepciones), estas decisiones pueden ser utilizadas como ejemplo de un determinado comportamiento en los tribunales que puede explicar por qué las demandas presentadas por el MP tienen, en general, menos éxito que las presentadas por la DP.

4 Perfil de los litigantes representados por el Ministerio Público

La pobreza no es un fenómeno fácil de evaluar. Diferentes interpretaciones de la realidad se traducen en diferentes formas de medir la pobreza. Por lo tanto, la pregunta de si un determinado grupo es pobre y en qué grado lo es admitirá muchas respuestas en función de la interpretación de la pobreza y el “espacio de preocupación” que se esté midiendo (LADERCHI; SAITH; STEWART, 2003, p. 244). La información disponible en los archivos de la DP nos ofrece dos indicadores que pueden utilizarse para evaluar la situación socioeconómica de los representados por esta institución: los ingresos familiares y el barrio en que viven los litigantes.

Debido a que los servicios de la DP están limitados, en principio, a quienes están por debajo de un determinado umbral de ingresos familiares, todos los ciudadanos que deseen recibir asistencia jurídica gratuita tienen que declarar y, al menos en teoría, presentar pruebas de sus ingresos *familiares* (en lugar de ingresos individuales, per cápita).⁹

Dado que en general no se disponía del número de miembros de la familia, se decidió utilizar el número medio de miembros de la familia en el área metropolitana de São Paulo —3,2 personas por familia (DIEESE, 2009)— como el mejor proxy (aunque no perfecto) para definir los ingresos per cápita de nuestra muestra. Esto era importante, pues el ingreso per cápita es uno de los indicadores de pobreza más utilizados que nos permiten comparar la situación socioeconómica de la muestra con la población en su conjunto.

Somos conscientes de que, a pesar de ser el más utilizado, el enfoque monetario presenta algunas limitaciones importantes. Hay otros aspectos de las privaciones humanas que no dependen exclusivamente de la cantidad de dinero que alguien tiene (SEN, 1992). Por ejemplo, los ciudadanos con menos ingresos pueden tener mejores resultados de salud que los que tienen ingresos más elevados si los primeros tienen acceso a buenos servicios de salud pública mientras que los segundos tienen que pagar por ello o tienen que viajar largas distancias para recibir atención médica.

Por esta razón, también utilizaremos el índice de desarrollo humano (IDH) y el índice de necesidades de salud (INS)¹⁰ de los distritos en que viven los demandantes de la muestra, para arrojar algo de luz sobre aspectos que no puede mostrar el análisis basado meramente en los ingresos.¹¹

4.1 Perfil según los ingresos

4.1.1 Umbrales de pobreza y extrema pobreza en la ciudad de São Paulo

Los umbrales de pobreza y extrema pobreza que utilizamos en este trabajo fueron definidos por Rocha (2009) para el área urbana de São Paulo, quien define el umbral de la extrema pobreza como la cantidad de dinero que necesita una persona para comprar una cantidad mínima de alimentos. Por su parte, el umbral de pobreza se calcula como la cantidad de dinero que necesita una persona para satisfacer sus necesidades básicas, como alimentación, transporte, ocio, salud, educación e higiene.

La tabla 1 presenta los valores de los umbrales en reales brasileños de la ciudad de São Paulo. El gráfico 2 muestra la distribución de la situación socioeconómica de los litigantes según el año de la demanda. Como se mencionó anteriormente, los ingresos individuales se calculan dividiendo el ingreso familiar declarado por el número medio de personas por

Tabla 1

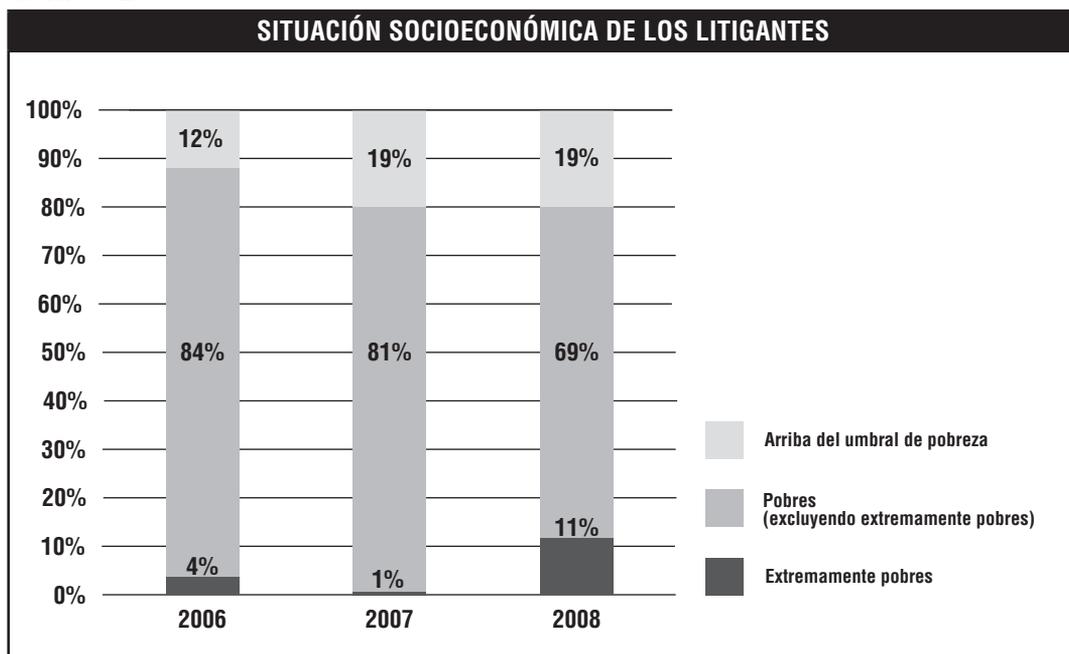
UMBRALES DE POBREZA Y EXTREMA POBREZA EN LA CIUDAD DE SÃO PAULO			
	2006	2007	2008
Pobreza	266,15	280,14	300,78
Extrema pobreza	66,35	73,26	83,52

Fuente: Rocha (2009)

familia en el área metropolitana de São Paulo, que es de 3,2:

Este cuadro muestra que la mayoría de los representados por la DP están por debajo de la línea del umbral de la pobreza, si damos por válidos sus ingresos autodeclarados (sin embargo, véase el comentario al respecto más adelante). Teniendo en cuenta el porcentaje de personas por debajo de dicho umbral (incluidos los pobres y los extremadamente pobres) en toda la población de la ciudad de São Paulo —2006 (22 %), 2007 (20 %), 2008 (19 %)— (ROCHA, 2009), se podría

Gráfico 2



Fuente: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2009

afirmar que los servicios de la DP están llegando de manera significativa al quintil de ingresos más bajo de la región metropolitana de São Paulo. Alrededor del 80 % de los representados por la DP pertenecen a los 20 % más pobres de São Paulo.

Sin embargo, también es cierto que solo un pequeño número de casos se refieren a personas por debajo del umbral de la extrema pobreza, aunque su proporción en la población también es baja —2006 (3 %), 2007 (3 %) y 2008 (2,9 %) (ROCHA, 2009).

No obstante, como ya hemos mencionado, los ingresos por sí solos no son un indicador preciso de las privaciones. Por otra parte, aunque todos los solicitantes de asistencia jurídica gratuita necesitan, en principio, llevar documentos para probar sus bajos ingresos (por ejemplo, un contrato de trabajo o un boletín de prestaciones del seguro social), los datos sobre el ingreso disponible de las demandas se basan principalmente en la autodeclaración y, por tanto, como veremos, eso podría no reflejar los ingresos reales de los representados por la DP. En las siguientes secciones usamos otros dos indicadores para evaluar los resultados alcanzados exclusivamente a través de los ingresos.¹²

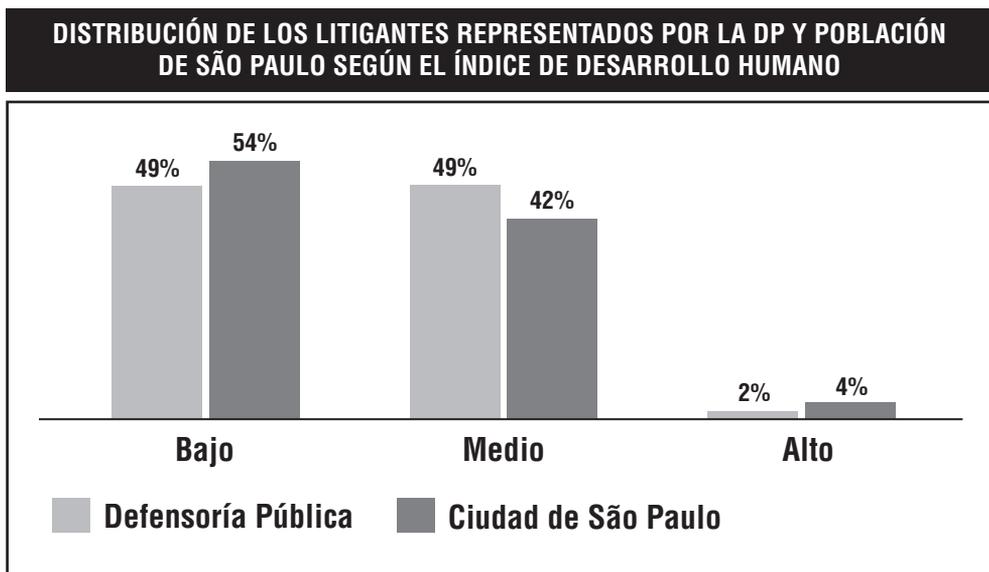
4.2 Perfil según el distrito de residencia

4.2.1 Índice de Desarrollo Humano (IDH)

El índice de desarrollo humano busca medir la calidad de vida de una población de manera integral, e incluye el PIB per cápita, la esperanza de vida y el nivel de instrucción.

En la ciudad de São Paulo, el 4 % de la población vive en distritos con IDH alto (por encima de 0,8), el 49 % en distritos con IDH medio (entre 0,5 y 0,8) y el 58 % en distritos con IDH bajo (por debajo de 0,5). Entre los litigantes de nuestra muestra representada por la DP, las personas que viven en zonas con IDH bajo están ligeramente subrepresentadas, mientras que las que viven en distritos con un IDH medio están mucho mejor representadas (véase el gráfico 3).

Gráfico 3



Fuentes: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2009 y SÃO PAULO (2008)

4.2.2 Índice de Necesidades de Salud (INS)

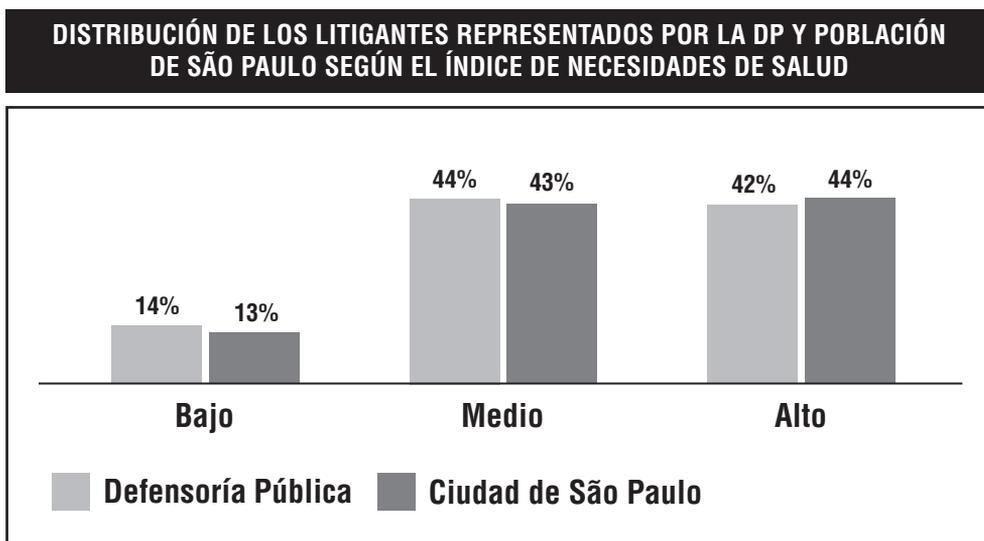
El Índice de Necesidades de Salud (INS) fue desarrollado con el fin de identificar qué áreas de la ciudad de São Paulo deben ser priorizadas a la hora de distribuir servicios de asistencia sanitaria. Se calcula sobre la base de datos relacionados con la situación demográfica, epidemiológica y social de cada distrito. Los distritos se distribuyen de acuerdo al nivel de sus necesidades de salud. Cuanto mayor sea el INS, más urgentes son las necesidades de salud de la población (SÃO PAULO, 2008).

En nuestra muestra, solo el 42 % de los litigantes representados por la DP viven en áreas en las que las necesidades de salud son altas, y, por lo tanto, en que la realización del derecho a la salud es, sin duda, más deficiente (gráfico 4). La mayoría de los casos (58 %) se refieren a litigantes que viven en áreas consideradas de INS medio o bajo.

4.2.3 Análisis de los datos

Los datos presentados anteriormente muestran aspectos interesantes, pero contradictorios, de los litigios en materia de derecho a la salud presentados por la DP. Si tenemos en cuenta los ingresos autodeclarados de los litigantes, parece que la gran mayoría de las demandas presentadas por la DP (más del 80 %) se refieren a personas que están por debajo del umbral de la pobreza de la ciudad de São Paulo y que pertenecen al quintil de ingresos más bajo de esa ciudad. Sin embargo, si nos fijamos en el distrito de residencia junto con un indicador más amplio de la privación (IDH) y un indicador específico de las privaciones en salud (INS), el panorama cambia significativamente y el sesgo a favor de los más necesitados desaparece. El porcentaje de individuos representados por la DP que viven en los distritos con IDH más bajos y los distritos con INS más altos, sin duda quienes tienen necesidades de asistencia sanitaria más urgentes, cae al 49 % y al 42 % respectivamente.

Gráfico 4



Fuentes: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2009 y SÃO PAULO (2002)

5 Demandas presentadas por el Ministerio Público por distritos

A diferencia de los casos representados por la DP, las acciones colectivas presentadas por el MP son lo que llamamos “casos estructurales”, es decir, que tratan de promover cambios significativos en las políticas públicas de salud que afectan a un mayor número de personas (mejora en unidades públicas de salud e inclusión de medicamentos o tratamientos en el sistema público), en lugar de buscar un beneficio para la salud de un individuo.

Entre los casos descritos en la sección 3.2., el caso en que se reivindicaba transporte público gratuito para las mujeres embarazadas de bajos ingresos es el único en que la demanda se dirigía claramente a beneficiar a los pobres. Eso convierte la cuestión que intentamos contestar aquí mucho más difícil que en los casos de la DP. En efecto, es más difícil decir si los pobres o los extremadamente pobres se benefician de los litigios en materia del derecho a la salud promovidos por el MP en estos casos estructurales, en los está en juego una política pública a gran escala que potencialmente puede beneficiar a una gran cantidad de personas. Se necesitaría una investigación más en profundidad para determinar a qué clases sociales afectan más esas políticas y quiénes son las personas que realmente acaban beneficiándose de tales políticas. Esto es crucial, dado que no podemos dar por sentado que esas políticas se apliquen eficazmente ni que, cuando es así, se extiendan a todas las personas a que podrían beneficiar (pues bien podrían estar solo “nominalmente universalizadas”, GAURI; BRINKS, 2008).

Un buen ejemplo de ello es la demanda civil interpuesta por el MP para forzar al estado de São Paulo a proporcionar servicios especiales de asistencia sanitaria y educación a todas las personas autistas. Pese a la victoria en los tribunales, la decisión está aún lejos de ser aplicada plenamente, años después de que fuera dictada. Algunos obstáculos obvios son la falta de recursos suficientes, la necesidad de contratar personal y construir nuevas instalaciones, algo que lleva tiempo, y probablemente también una cierta ineficiencia y falta de voluntad política. Como consecuencia de ello, de los cientos de miles de potenciales beneficiarios de esa decisión, solo algunos de ellos se están beneficiando de ella. Varios cientos de ellos —hay que destacarlo— con la ayuda de abogados privados, que se han servido de la decisión de la acción colectiva tramitada por el MP para reivindicar, casi siempre con éxito, que el estado debe ofrecer individualmente a cada paciente una plaza en una institución privada hasta que implemente plenamente la decisión.¹³

Por lo tanto, los datos que hemos recogido no nos permiten responder a esas importantes preguntas para el caso de todas las acciones civiles emprendidas por el MP, por lo que decidimos centrar nuestro análisis en 22 casos en los que el MP pretende forzar al gobierno a mejorar el funcionamiento de las unidades públicas de salud (hospitales, unidades de atención primaria y ambulatorios). En tales casos, a través de la ubicación de estas unidades de salud, hemos podido hacer un análisis similar al realizado respecto a los casos del DP, sirviéndonos del IDH y el INS.

5.1 Índice de Desarrollo Humano

El primer aspecto a destacar es que, cuando se refiere a la mejora de las unidades de salud (hospitales, ambulatorios, etc.), el MP tiende a ocuparse más de casos de distritos con un alto IDH. A pesar de que solo el 4% de la población de São Paulo vive en distritos que tienen un alto IDH, el 23% de los casos presentados por el MP concierne a distritos de esa categoría (véase el gráfico 8).

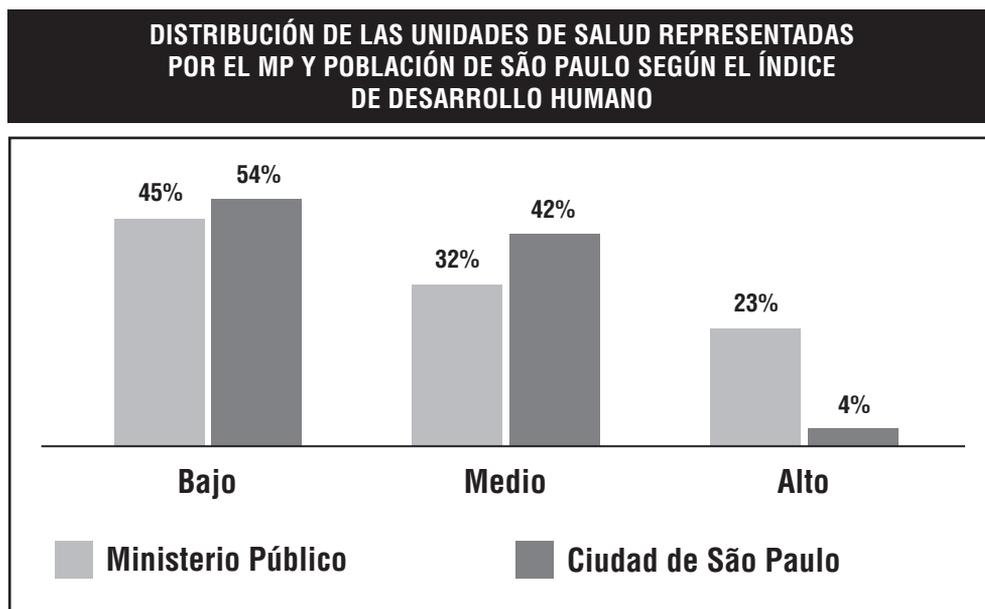
Los distritos con bajo IDH, pese a abarcar al 54% de la población, solo corresponden al 45% de las demandas del MP. Los distritos con un IDH medio, donde vive el 42% de la población, han presentado comparativamente menos demandas en materia de derecho a la salud (32%) (véase el gráfico 5).

La primera hipótesis para explicar esa diferencia es que las acciones colectivas son más difíciles de presentar. No dependen simplemente de demostrar que las necesidades de salud de un individuo están siendo desatendidas por el Estado. Exigen un trabajo más extenso, que requiere una amplia búsqueda de pruebas y conocimientos técnicos. En consecuencia, las unidades de salud en las zonas que están cubiertas por los medios de comunicación y la opinión pública y donde los usuarios tienden a tener un mayor nivel de instrucción, pueden estar por delante de otras en la competencia por esos recursos.

5.2 Índice de Necesidades de Salud

Al fijarnos en el Índice de Necesidades de Salud, resulta evidente que los distritos con altos niveles de necesidades de salud reciben una atención menor por parte del Ministerio Público (véase el gráfico 6). Posiblemente, esas áreas son las zonas en que el derecho a la salud requiere de una protección más urgente. Sin embargo, la mayoría de las demandas presentadas por el MP se refieren a zonas donde las

Gráfico 5



Fuentes: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2009 y SÃO PAULO (2008)

necesidades de salud son relativamente bajas. Pese a que el 44 % de la población de São Paulo vive en zonas con un alto INS, solo un 27 % de los litigios en materia de derecho a la salud del MP se referían a tales distritos (véase el gráfico 6).

Una vez más, esto puede deberse a la desigualdad en el acceso a la Justicia, o más específicamente, a la desigualdad de acceso a la atención del Ministerio Público y a su representación, como se explicó en el punto anterior.

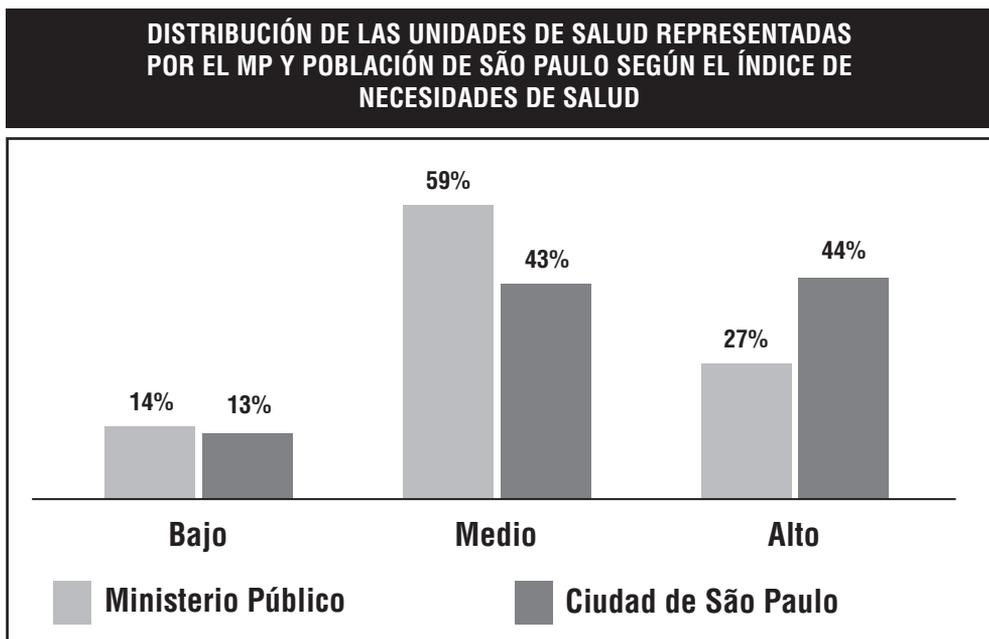
Pero también cabría preguntarse si eso no será más bien la consecuencia de la desigualdad geográfica en la distribución de los servicios de salud de São Paulo. Dado que el MP, obviamente, solo puede demandar a unidades de salud donde hay unidades de salud, no sería de extrañar que los litigios que buscan la mejora de las unidades de salud se concentren en las zonas relativamente más ricas, si es que las unidades de salud se encuentran mayoritariamente en tales zonas.

Para someter a prueba dicha hipótesis, y a partir de los datos de la base del Registro Nacional de Establecimientos de Salud (CNES), listamos las 1109 unidades de salud de São Paulo¹⁴ y las clasificamos según el INS y el IDH de los distritos donde están ubicadas. El resultado es que, pese a algunas diferencias, la distribución de las unidades de salud de acuerdo con el IDH y INS está en buena medida bien equilibrado entre los diversos distritos (véanse los gráficos 7 y 8).

Así, las unidades de salud de zonas donde el desarrollo humano es bajo y las necesidades de salud son altas están menos representadas no porque no haya o haya menos unidades de salud en tales zonas, sino debido a que, por alguna razón, recibieron menos atención por parte del MP.

También es interesante observar que, de las 22 unidades de salud en que se denunciaron malas condiciones mediante una demanda presentada por el MP, solo 3 de ellas eran unidades básicas de salud, mientras que 9 eran hospitales. Considerando

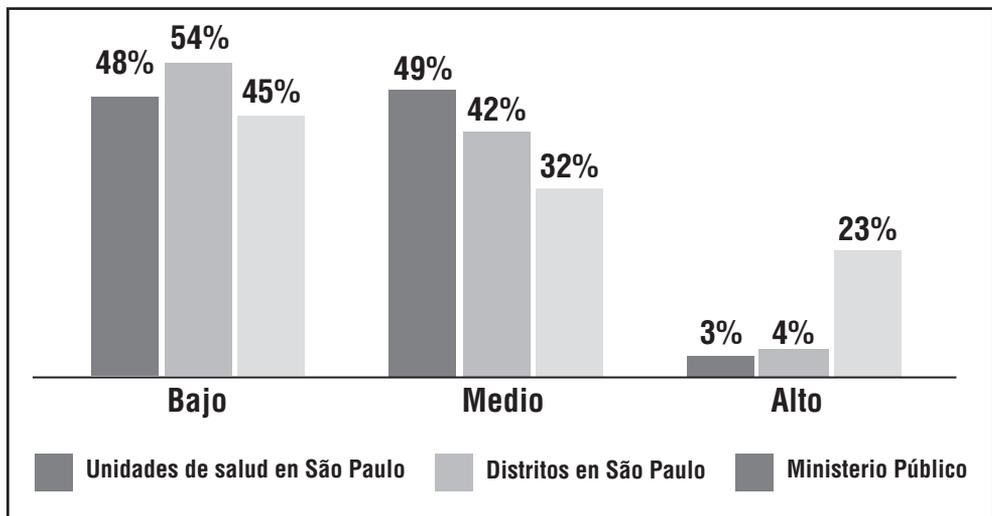
Gráfico 6



Fuentes: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2009 y SÃO PAULO (2002).

Gráfico 7

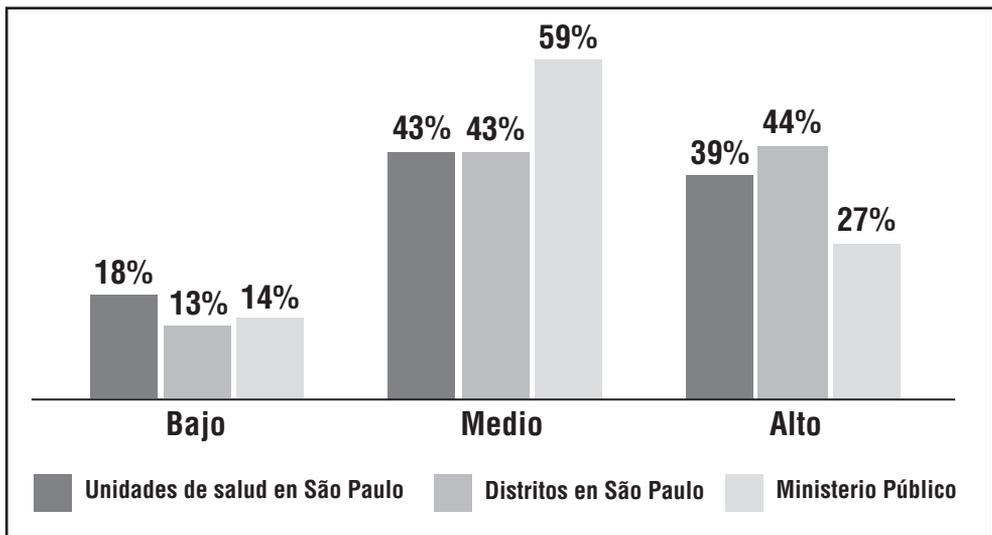
DISTRIBUCIÓN DE LAS UNIDADES DE SALUD EN SÃO PAULO, DISTRITOS DE SÃO PAULO Y UNIDADES DE SALUD REPRESENTADAS POR EL MP EN LITIGIO, SEGÚN EL ÍNDICE DE DESARROLLO HUMANO



Fuentes: Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – CNES, 2009; Ministério Público do Estado de São Paulo, 2009 y SÃO PAULO (2008).

Gráfico 8

DISTRIBUCIÓN DE LAS UNIDADES DE SALUD EN SÃO PAULO, DISTRITOS DE SÃO PAULO Y UNIDADES DE SALUD REPRESENTADAS POR EL MP EN LITIGIO, SEGÚN EL ÍNDICE DE NECESIDADES DE SALUD



Fuentes: Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – CNES, 2009; Ministério Público do Estado de São Paulo, 2009 y SÃO PAULO (2002).

que el 55 % de las unidades de salud de São Paulo son unidades básicas de salud y solo el 9 % son hospitales, podemos afirmar que las demandas del MP están más centradas en la asistencia sanitaria de complejidad media y alta y no se centran en la asistencia sanitaria preventiva y básica.

6 Discusión

Los datos presentados anteriormente muestran algunos patrones interesantes en los litigios en materia de derecho a la salud de los que se ocupan abogados públicos en la ciudad de São Paulo. Para que los litigios en materia de salud se consideren como una herramienta positiva para la realización del derecho a la salud desde el punto de vista de la interpretación no neutral y en favor de los pobres que adoptamos en este artículo, ellos deben, como mínimo, revertir dos características principales que prevalecen actualmente en el denominado “modelo brasileño” de litigios en materia de derecho a la salud: a) deben extenderse mucho más allá del pequeño grupo de personas de clase media y clase media alta representadas por abogados privados que actualmente dominan este tipo de litigios en São Paulo, y pasar a incluir a los más desfavorecidos de la sociedad en cuanto a las necesidades de salud (por ejemplo, mejorar el acceso a la justicia); y b) deben cambiar su enfoque, desde los tratamientos novedosos y caros hacia servicios y acciones de salud prioritarios para los grupos más desfavorecidos, en su mayoría centros y acciones de atención primaria.

En este artículo hemos analizado la historia de litigios de las dos instituciones brasileñas que podrían operar esos cambios, el MP y la DP, dado que su mandato es precisamente proteger el interés público y los intereses de los más desfavorecidos.

En cuanto a la primera condición (mejora del acceso a la justicia para los más necesitados), hemos utilizado, cuando ha resultado posible, tres indicadores diferentes de desventaja en materia de salud: ingresos, desarrollo humano y necesidades de salud. El primero (ingresos) se recoge mediante autodeclaración y parece indicar que la DP (no hay datos disponibles para el MP) realmente representa en su mayoría a personas pobres y extremadamente pobres en términos puramente económicos (variando del 80 % al 88 %, según el año). Sin embargo, el panorama parece cambiar al usar el IDH o el INS. En cuanto a la DP, solo el 49 % de los individuos representados provienen de distritos con bajo desarrollo humano y solo el 42 % de distritos con grandes necesidades de salud. Eso significa que la mayor parte de los litigios de la DP se dan en distritos que tienen un desarrollo humano medio y alto (51 %) y necesidades de salud bajas y medias (58 %).

Surgen dos hipótesis principales para interpretar esos datos aparentemente contradictorios sobre el perfil de los litigantes representados por la DP. La primera hipótesis es que el nivel de ingresos de los hogares es un indicador que debe ser tomado con cautela, pues dicha información se recoge mediante autodeclaración. Los ciudadanos pueden haber subestimado los ingresos del hogar y haberlos declarado por debajo del umbral de pobreza establecido por el DP para recibir asistencia jurídica gratuita. Por otra parte, las investigaciones sobre la fiabilidad de los datos autodeclarados sobre los ingresos de los hogares han demostrado que tienden a

estar sistemáticamente subestimados (COLLINS; WHITE, 1996; MICKLEWRIGHT; SCHNEPF, 2010). Las personas pueden contar con una información imperfecta sobre los ingresos de los demás miembros de la casa, y tienden a dejar de lado contribuciones de fuentes tales como los ingresos a tiempo parcial y las prestaciones sociales.

La segunda hipótesis es que la DP resulta más accesible para las personas que son económicamente pobres pero que viven en zonas mejores. El hecho de que vivan en las zonas más ricas posiblemente implica que tienen más acceso a información sobre sus derechos y sobre la existencia de instituciones que presten asistencia jurídica gratuita. Además, esas personas tienen un mejor acceso a los servicios y centros públicos que hacen más probable que sus necesidades de salud insatisfechas conduzcan a una demanda, tales como un hospital donde puedan obtener una receta médica y transporte público para ir a la DP.

Nuestros datos no nos permiten poner a prueba qué hipótesis es la correcta (quizá lo sea una combinación de ambas), pero ambas parecen indicar que la DP encuentra obstáculos para llegar a las personas de las zonas más deprimidas de la ciudad.

Por otra parte, el acceso a los litigios en materia de asistencia sanitaria no implica necesariamente la promoción de la equidad en salud. El objeto del litigio (nuestra segunda condición) también tendría que tener un carácter transformador, es decir, tendría que centrarse en las acciones y servicios de salud que necesitan urgentemente los más desfavorecidos. Este artículo no ha sido capaz (por falta de espacio y de datos) de desarrollar este aspecto con mucho mayor detalle, pero los datos que se desprenden indican que esta condición también está lejos de cumplirse. La mayoría de los casos representados por la DP son acciones individuales para productos tales como pañales y medicamentos para la diabetes). Aunque puedan ser importantes para los que finalmente reciban asistencia sanitaria por medio de litigios, los casos individuales rara vez promoverán cambios estructurales en las políticas de salud pública que puedan afectar positivamente a una mayor proporción de la población pobre.

Cabría esperar que los casos que reivindican cambios estructurales —como las acciones colectivas del MP— tuvieran un mayor potencial para mejorar los servicios de salud para los pobres. Sin embargo, nuestra investigación sugiere que las acciones del MP están dando una atención desproporcionadamente mayor a las zonas donde el derecho a la salud está comparativamente mejor cumplido y no están centrándose lo suficiente en la asistencia sanitaria básica y primaria, cuya mejora es esencial para un sistema de salud equitativo (MEDICI, 2011). Solo el 14 % de sus demandas se presentan en distritos con altas necesidades de salud y solo el 45 % en distritos con bajo desarrollo humano. Una vez más, la mayor parte de los litigios se concentra en distritos con necesidades de salud bajas y medias y desarrollo humano medio y alto y en la atención sanitaria de complejidad media y alta antes que centrarse en la atención sanitaria preventiva y básica. Por otra parte, hemos visto que la tasa de éxito de las acciones colectivas del MP en los tribunales superiores es menor que en las demandas individuales, lo que sugiere que los tribunales son más propensos a las soluciones individuales que a las estructurales.

7 Conclusión

El análisis empírico del perfil socioeconómico de los litigantes representados por abogados públicos, los tipos de prestaciones sanitarias que reivindicaban y la menor tasa de éxito de los casos colectivos que implican cambios estructurales indican que incluso los litigios promovidos por abogados públicos se enfrentan a importantes obstáculos para llegar a los más necesitados.

Proporcionar representación jurídica gratuita no garantiza por sí mismo que los más desfavorecidos podrán llevar su queja ante los tribunales. Como Felstiner, Abel y Sarat (1980) han argumentado persuasivamente, hay un largo proceso entre una situación de daño o injusticia personal que podrían repararse judicialmente y el inicio de una disputa legal. En primer lugar, el afectado tiene que percibir que una determinada experiencia le ha perjudicado. En segundo lugar, el afectado tiene que sentirse agraviado y creer que podría hacerse algo en respuesta a ese daño. En tercer lugar, tiene que transformar su queja en una demanda contra la persona o entidad que cree responsable y solicitar una reparación. Por último, si se rechaza esa alegación, el afectado debe contar con el conocimiento y los recursos necesarios para recurrir a la siguiente etapa: el litigio. Por tanto, hay un largo y complejo camino que transitar entre sufrir un agravio y recurrir a un litigio, algo no accesible para un gran número de personas.

Este análisis puede explicar algunos de los obstáculos que parecen dificultar el uso del litigio en Brasil para beneficiar a los más desfavorecidos. Considerando que uno de los principales problemas en el sistema sanitario brasileño es la desigualdad en el acceso a la salud básica y preventiva (MEDICI, 2011), y que la educación y la información son determinantes importantes del acceso a la atención sanitaria (SANCHEZ; CICONNELI, 2012), muchas personas pobres ni siquiera son conscientes de sus problemas de salud —especialmente cuando se trata de enfermedades crónicas— o quizá solo se dan cuenta de ellos cuando ya es demasiado tarde. Entre las personas que saben que tienen un problema de salud, solo los que tienen un mejor nivel de instrucción y están mejor informados sabrán que podrían estar recibiendo tratamiento en el servicio de salud pública como una cuestión de derecho constitucional. Y no todos ellos sabrán que, si se les niega el tratamiento, pueden presentar una demanda contra el gobierno. Por último, solo un pequeño número de personas sabrán que existen instituciones públicas que prestan asistencia jurídica gratuita, como la DP y el MP.

Por ende, no es de extrañar que el modelo brasileño de litigio, en el cual individuos que viven en condiciones comparativamente mejores son representados por abogados privados, predomine en la mayor parte del país y en que incluso los litigios presentados por abogados públicos enfrenten desafíos considerables para apartarse de manera significativa de ese modelo.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- BIEHL, João et al. 2012. Between the court and the clinic: Lawsuits for medicines and the right to health in Brazil. **Health and Human Rights: an international journal**, v. 14, no. 1, p. 36-52, June.
- BRASIL. 1988. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. 2010a. Superior Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada STA 424 SC. Disponible en: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19133128/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-424-sc-stf>>. Visitado en: Mayo 2013.
- _____. 2010b. Superior Tribunal Federal. Suspensão de Liminar SL 256 TO. Disponible en: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087208/suspensao-de-liminar-sl-256-to-stf>>. Visitado en: Mayo 2013.
- CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. 2009. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, ago.
- _____. 2010. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. **Revista de Saúde Pública**, v. 44, no. 3, p. 421-429.
- COLLINS, Debbie.; WHITE, Amanda. 1996. In search of an income question for the 2001 Census. **Survey Methodology Bulletin**, v. 39, no. 7, p. 2-10, July.
- DIEESE. 2009. Relação família e trabalho na perspectiva de gênero: a inserção de chefes e cônjuges no mercado de trabalho. Estudos Especiais. Disponible en: <http://www.seade.gov.br/produtos/mulher/boletins/anexo_mtrabalho_chefesconjuges.pdf>. Visitado en: Mayo 2013
- EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution: lawyers, activists and supreme court in comparative perspective**. Chicago; London: The University of Chicago Press.
- FELSTINER, W.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. 1980/1981. The emergency and transformation of disputes: naming, blaming, claiming... **Law & Society Review**, v. 15, no. 3-4, p. 631-654.
- FERRAZ, Octavio Luiz Motta. 2009. The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities? **Health and Human Rights: an international journal**, v. 11, no. 2, p. 33-45.
- _____. 2011a. Brazil. Health inequalities, rights and courts: the social impact of the “judicialization of health” in Brazil. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Eds.). **Litigating health rights: can courts bring more justice to health systems?** Cambridge, MA: Harvard University Press.

- _____. 2011b. Harming the poor through social rights litigation; lessons from Brazil. *Texas Law Review*, v. 89, no. 7, p. 1643-1668.
- FERRAZ, Octavio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. 2009. The right to health, scarce resources, and equity: inherent risks in the predominant legal interpretation (in portuguese: Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante). *Dados*, Rio de Janeiro, v. 52, no. 1, p. 223-251.
- GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Eds.). 2006. **Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?** Hampshire, England; Burlington, VT: Ashgate.
- GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. (Eds.). 2008. **Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world.** Cambridge; New York: Cambridge University Press.
- LADERCHI, Caterina Ruggeri; SAITH, Ruhi; STEWART, Frances. 2003. Does it matter that we do not agree on the definition of poverty?: a comparison of four approaches. *Oxford Development Studies*, v. 31, no. 3, p. 243-274.
- MACEDO, Eloisa Israel de; LOPES, Luciane Cruz; BARBERATO-FILHO, Silvio. 2011. A technical analysis of medicines request-related decision making in Brazilian courts. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, no. 4, p. 706-713, Aug.
- MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. 2011. Judicialization of access to medicines in Minas Gerais State, Southeastern Brazil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 45, no. 3, p. 590-598, June.
- MAESTAD, Ottar; RAKNER Lise; FERRAZ, Octavio Luiz Motta. 2011. Assessing the impact of health rights litigation: a comparative analysis of Argentina, Brazil, Colombia, Costa Rica, India and South Africa. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Eds.). **Litigating the right to health: can courts bring more justice to health?** Cambridge, MA: Harvard University Press.
- MÉDICI, André Cezar. 2011. Propostas para melhorar a cobertura, a eficiência e a qualidade no setor saúde. In: BACHA, Edmar Lisboa; SCHWARTZMAN, Simon (Orgs.). **Brasil: a nova agenda social.** Rio de Janeiro: LTC; IEPE/CDG. p. 23-93.
- MESSEDER, Ana Márcia; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. 2005. Mandados judiciais como ferramentas para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 21, n. 2, p. 525-534, mar./abr.
- MICKLEWRIGHT, John; SCHNEPF, Sylke Viola. 2010. How reliable are income collected with a single question? *Journal of the Royal Statistical Society*, v. 173, no. 2, p. 409-429.

- NORHEIM, Ole Frithjof; GLOPPEN, Siri. 2011. Litigating for medicines: How can we assess impact on health outcomes? In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Eds.). **Litigating health rights: can courts bring more justice to health**. Cambridge, MA: Human Rights Program, Harvard Law School; Harvard University Press. p. 304-330.
- PEPE, Vera Lucia Edais et al. 2010. Characterization of lawsuits for the supply of “essential” medicines in the State of Rio de Janeiro, Brazil. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 26, no. 3, p. 461-471, Mar.
- PEREIRA, Januária Ramos et al. 2010. Situation of lawsuits concerning the access to medical products by the Health Department of Santa Catarina State, Brazil, during the years 2003 and 2004. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 15, no. 3, p. 3.551-3.560.
- PIOVESAN, Flavia. 2008. Brazil: impact and challenges of social rights in the courts. In: LANGFORD, Malcolm. (Ed.). **Social rights jurisprudence: emerging trends in international and comparative law**. Cambridge: Cambridge University Press. p. 182-191.
- ROCHA, Sonia. 2009. Pobreza e indigência. Instituto de Estudos do Trabalho e Sociedade (IETS). Disponible en: <http://www.iets.org.br/article.php?id_article=915>. Visitado en: Mayo 2013.
- SANCHEZ, Raquel Maia; CICONELLI, Rozana Mesquita. 2012. Conceitos de acesso à saúde. **Revista Panamericana de Salud Pública**, Washington, v. 31, n. 3, p. 260-268, mar.
- SANT’ANA, João Maurício Brambati. 2009. **Essencialidade e assistência farmacêutica: um estudo exploratório das demandas judiciais individuais para acesso a medicamentos no Estado do Rio de Janeiro**. Dissertação (Mestrado) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro.
- SANTOS, Carla Carlos do. 2006. **Estratégias para reorganização e otimização das atividades destinadas ao fornecimento de medicamentos demandados judicialmente contra a Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília.
- SÃO PAULO (Cidade). 2002. Prefeitura do Município de São Paulo. Secretaria do Desenvolvimento, Trabalho e Solidariedade, São Paulo. **Desigualdade em São Paulo: o IDH**.
- _____. 2008. Prefeitura do Município de São Paulo. Secretaria Municipal da Saúde. Coordenação de Epidemiologia e Informação (CEInfo). **Índice de Necessidades em Saúde por Distrito Administrativo do Município de São Paulo – 3ª edição (junho/2008)**. Disponible en: <http://extranet.saude.prefeitura.sp.gov.br/areas/ceinfo/INS_3edicao_Junho2008.pdf>. Visitado en: Mayo 2013
- SÃO PAULO (Estado). 2006. Lei Complementar Nº 988. Organiza a Defensoria Pública do Estado, institui o regime jurídico da carreira de Defensor Público do Estado. 9 de janeiro de 2006. Disponible en: <<http://www.defensoria>>.

- sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=2939>. Visitado en: Mayo 2013.
- SCHEFFER, Mário; SALAZAR, Andréa Lazzarini; GROU, Karina Bozola. 2005. **O remédio via Justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais.** Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids.
- SEN, Amartya. 1992. **Inequality reexamined.** Oxford: Clarendon Press.
- SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. 2011. Claiming the right to health in Brazilian courts: the exclusion of the already excluded? **Law & Social Inquiry**, v. 36, no. 4, p. 825-853.
- TAYLOR, Matthew M. 2006. Beyond judicial reform: courts as political actors in Latin America. **Latin American Research Review**, v. 41, n. 2, p. 269-280.
- VIEIRA, Fabíola S.; ZUCCHI, Paola. 2007. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222.
- WANG, Daniel Wei Liang; TERRAZAS, Fernanda; CHIEFFI, Ana Luiza. 2012. Public system responses to right to health litigation: the case of the State of São Paulo Secretary of Health. **Annual Meeting of the Law and Society Association**, 03 Jun. 2012, Honolulu, HI.

NOTAS

1. No existe ningún estudio más completo hasta la fecha que muestre el volumen exacto de litigios en todo Brasil. Octavio Ferraz ha llegado a 40 000 casos por año en un cálculo conservador hecho a través de varios estudios diferentes (FERRAZ, 2011a).

2. Un claro ejemplo de esta polarización puede verse en el debate entre los abogados favorables a los litigios Andrea Lazzarini Salazar y Karina Bozola Grou («As Verdadeiras Causas e Consequências», *Folha de S. Paulo*, 9 de mayo de 2009) y Marcos Bosi Ferraz, experto en salud pública contrario a los litigios. («O STF e os Dilemas da Saúde», *Folha de S. Paulo*, 9 de mayo de 2009). Un ejemplo de una defensa académica de los litigios se encuentra en (PIOVESAN, 2008).

3. Una de las hipótesis para explicar la alta tasa de litigantes representados por abogados públicos en Rio de Janeiro y Rio Grande do Sul es que, en el primer estado, el umbral de ingresos para recibir ayuda legal de la

Defensoría Pública es mayor que en otros estados (PEPE et al., 2010) mientras que, en el segundo, no hay un umbral de ingresos y la necesidad del paciente se evalúa en cada caso a partir de un cuestionario, el suministro de documentos y la autodeclaración (véase el sitio web oficial de la Defensoría Pública de Rio Grande do Sul <http://www.dpe.rs.gov.br/site/faq.php>. Visitado en mayo del 2013).

4. También existe la posibilidad de que las ONG, en particular las asociaciones de pacientes, presenten demandas colectivas en nombre de los grupos de pacientes necesitados o financien litigios individuales, lo que podría favorecer el acceso a la justicia para los grupos desfavorecidos. No hemos estudiado este tipo de litigios en nuestro estudio. Sin embargo, confiamos en que el potencial impacto de transformación de dichos litigios no es tan grande como en los promovidos por los abogados públicos. Se han realizado estudios que muestran que algunas ONG han respaldado litigios de pacientes, aunque de forma individual,

a menudo para una enfermedad en particular y centrándose en ciertos medicamentos de alto costo (SILVA; TERRAZAS, 2011). También hay estudios que apuntan a un vínculo entre las asociaciones de tales pacientes y la industria farmacéutica. (CHIEFFI; BARATA, 2010).

5. SÃO PAULO (Estado), 2006.

6. BRASIL, 1988, Artículo 129, II y III.

7. Sin embargo, hay que tener en cuenta que no se trata de una regla rígida, por lo que se pueden encontrar tanto demandas colectivas presentadas por la DP como demandas individuales interpuestas por el MP (entrevista con los defensores públicos Rafael Vernaschi, Vânia Casal y Sabrina Carvalho el 29 de julio de 2009).

8. En estos casos solo hubo quejas generales acerca de la falta de medicamentos, sin especificar qué fármacos faltaban.

9. Esa es la razón por la que en muchos casos no hay información sobre cuántos miembros hay en cada familia. Sin embargo, esta información aparece en algunos casos, para explicar por qué una persona cuyo ingreso familiar era superior al umbral podía aun así recibir asistencia jurídica de la DP, debido al gran tamaño de su familia.

10. Los datos sobre el INS y el IDH en la ciudad de São Paulo se calcularon sobre la base de los estudios publicados por la Secretaría de Salud de São Paulo (SÃO PAULO, 2008) y la Secretaría de Desarrollo, Trabajo, y

Solidaridad de São Paulo (SÃO PAULO, 2002), respectivamente.

11. También somos conscientes de que hay que ser cuidadoso al usar la información a nivel distrital como proxy para las características individuales, pues los distritos pueden ser internamente desiguales (algunas zonas del mismo distrito pueden estar mejor que otras) y personas con diferentes niveles socioeconómicos pueden vivir muy cerca unos de otros. Sin embargo, consideramos que el distrito es un buen proxy (aunque imperfecto) para medir la situación socioeconómica de alguien. Los datos del IDH y del INS se deben en parte a razones que están geográficamente determinadas, por ejemplo, el acceso a la educación, al saneamiento básico, centros de salud y otros servicios públicos. Y el acceso a tales servicios, que está geográficamente distribuido, puede repercutir sobre el nivel de privación de las personas.

12. Es importante señalar que la proporción de personas pobres y extremadamente pobres en nuestro análisis es posible que esté subestimada. Es sabido que las familias pobres suelen tener más miembros que la media (3,2 personas por familia). Sin embargo, puesto que no disponemos de cifras más precisas, usamos la media.

13. Entrevista con el abogado público (2011).

14. El Registro Nacional de Establecimientos de Salud está disponible en <<http://www.saude.sp.gov.br/ses/perfil/cidadao/homepage/destaques/unidades-de-saude>>. Visitado en mayo de 2013.

ABSTRACT

Right to health litigation in Brazil raises a debate regarding its distributive effects in a resource constrained setting. Several studies have found that a significant proportion of litigation features individual claimants who live in the most affluent states, cities and districts of Brazil and are usually represented by private lawyers, whose fees are beyond the reach of most of the poor population. For some, this is an indication that the distributive effects of litigation are very likely negative because litigation tends to benefit a privileged socio-economic group and may force health authorities to divert to them resources from comprehensive health programs that benefit the majority of the population. Others, however, argue that courts can nonetheless provide an important institutional voice for the poor and promote health equity when they manage to access them. The main problem for this “pro-litigation camp” is thus to enhance access to Justice. Our aim is to analyze lawsuits in which litigants are represented by public attorneys in right to health litigation in the city of São Paulo to inquire if at least this type of litigation is reaching out to the neediest citizens. This study analyzes three indicators: the income of litigants, the Human Development Index and the Health Need Index of the areas where they live. Our conclusion is that although public attorneys seem to represent mostly low income people, other indicators suggest that there are still important obstacles for public attorneys to reach the neediest.

KEYWORDS

Right to health – Access to justice – Public attorneys – Poverty – Brazil

RESUMO

No Brasil, litígio sobre direito à saúde suscita um debate sobre os efeitos distributivos deste litígio em um contexto de escassez de recursos. Vários estudos indicam que uma parcela significativa deste litígio inclui litigantes individuais que vivem nos estados, cidades e bairros mais ricos do Brasil e, em geral, são representados por advogados particulares, cujos honorários muito excedem o que a maioria da população pobre poderia custear. Para alguns, isto sugere que os efeitos distributivos de litígio são, muito provavelmente, negativos, porque litígio tende a beneficiar um grupo socioeconômico privilegiado, e compele autoridades da área de saúde a desviar para este grupo recursos de programas de saúde abrangentes que atendem a maioria da população. Outros, no entanto, sustentam que o sistema judiciário pode, mesmo assim, servir como um mecanismo institucional importante onde pobres podem expressar suas demandas, e desta forma tornar o sistema de saúde mais equânime caso esta parcela da população consiga ter acesso ao sistema judiciário. Portanto, o principal problema a ser enfrentado por este “campo pró-litígio” é aprimorar o acesso à Justiça. Nosso objetivo é analisar ações judiciais em que litigantes são representados por advogados públicos, no litígio relativo ao direito à saúde na cidade de São Paulo, com o intuito de verificar se ao menos este tipo de litígio tem beneficiado os cidadãos mais necessitados. Este estudo considera três indicadores: a renda dos litigantes, o Índice de Desenvolvimento Humano e o Índice de Necessidade em Saúde das áreas onde estes litigantes residem. Nossa conclusão é que, embora advogados públicos pareçam de fato representar principalmente pessoas de baixa renda, outros indicadores sugerem que há ainda obstáculos consideráveis para que advogados públicos consigam atender os mais necessitados.

PALAVRAS-CHAVE

Direito à saúde – Acesso à justiça – Advogados públicos – Pobreza – Brasil



OBONYE JONAS

Obonye Jonas es profesor titular del Departamento de Derecho de la Universidad de Botsuana. Es graduado en Derecho por la Universidad de Botsuana y tiene un máster en Derecho por la Universidad de Pretoria. Ha publicado numerosos artículos en revistas internacionales de referencia. Sus intereses en materia de investigación se centran en el derecho internacional, los derechos humanos en el ámbito regional e internacional, con especial énfasis en África. Pertenece al colegio de abogados de los Tribunales Superiores de Botsuana desde noviembre de 2009 y es fundador y socio director de Jonas Attorneys, un bufete de abogados de derecho privado.

Email: jonas15098@yahoo.co.uk.

RESUMEN

El proceso de extradición no ha escapado a las restricciones impuestas por el derecho internacional de derechos humanos a los Estados en sus relaciones con las libertades individuales. Eso se debe a que las nociones fundamentales de derechos humanos se consideran parte del orden público de la comunidad internacional y, como tales, gozan de una posición superior respecto a las obligaciones de los tratados. Una de las principales normas adoptadas en los tratados de extradición se refiere a la pena de muerte. En este trabajo se analiza esa norma en el contexto de Sudáfrica, un Estado abolicionista, y Botsuana, que es retencionista. Las extradiciones en que está implicada la pena de muerte han provocado disputas diplomáticas entre ambos países: Sudáfrica insiste en que Botsuana debe proporcionar garantías suficientes de que no se impondrá la pena de muerte al extraditado o de que si se impone no será aplicada; Botsuana afirma no poder dar esas garantías, con lo que se ha creado un callejón sin salida. Este artículo brinda una reflexión sobre el régimen de extradición entre ambos países, con una referencia especial a la pena de muerte a la luz del actual punto muerto. Se argumenta que la posición de Sudáfrica al insistir en las garantías está en línea con las mejores normas y prácticas internacionales y que Botsuana debe transigir respecto a esa demanda.

Original en inglés. Traducido por Fernando Campos Leza.

Recibido en diciembre de 2012. Aceptado en mayo de 2013.

PALABRAS CLAVE

Pena de muerte – Derecho a la vida – Extradición – Botsuana – Sudáfrica



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

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

DERECHOS HUMANOS, EXTRADICIÓN Y PENA DE MUERTE: REFLEXIONES SOBRE EL ENFRENTAMIENTO ENTRE BOTSUANA Y SUDÁFRICA

Obonye Jonas

1 Introducción

La República de Sudáfrica ha abolido la pena de muerte como sentencia aplicable a cualquier crimen.¹ En otras palabras, Sudáfrica es un Estado abolicionista. Por el contrario, Botsuana es un país retencionista,² y de acuerdo con la sección 26 (1) de su Código Penal (1964, cap. 08:01), el método de ejecución es la horca.

Según dicho Código Penal, la pena de muerte es una pena aplicable a delitos tales como el asesinato (sección 203(1)); la traición (sección 34(1)); el asalto con intento de asesinato al cometer piratería (sección 63(2)); instigar a un extranjero a invadir Botsuana (sección 35); el comportamiento cobarde (sección 29) y el motín (secciones 34-35). Como limitación, la pena de muerte no puede imponerse a los menores de dieciocho años (sección 26(3)) ni a las madres embarazadas (sección 26(3)), ni cuando haya circunstancias atenuantes.³

La diferencia penal entre Sudáfrica y Botsuana respecto a la pena de muerte ha creado un enfrentamiento diplomático entre ambos países: Sudáfrica insiste en sus tribunales que no puede decretar una extradición por delitos a que se puedan aplicar la pena de muerte a un Estado retencionista, como Botsuana, salvo cuando ese Estado dé las garantías necesarias de que, en caso de condena por el delito respecto al que se solicita la extradición, la pena de muerte no se impondrá a la persona extraditada, y de que, si se llega a imponer, no se aplicará.

Por su parte, el gobierno de Botsuana ha adoptado una “decisión deliberada de no firmar cualquier tipo de iniciativa o compromiso referente a los sospechosos de asesinato que tengan que ser extraditados desde Sudáfrica a Botsuana” (PITSE, 2010). Ambos países están atrincherados en sus respectivas posiciones y el resultado final es que los fugitivos que cometieron delitos pasibles de condena con la pena de muerte

Ver las notas del texto a partir de la página 214.

en Botsuana y huyeron a Sudáfrica siguen sin ser juzgados, puesto que Sudáfrica se ha negado a entregarlos a Botsuana para que sean juzgados. Además, Sudáfrica no tiene potestad para procesarlos, debido a la falta de legislación nacional que otorgue a sus tribunales los poderes o la jurisdicción necesarios para someter a juicio a personas acusadas por delitos cometidos fuera de Sudáfrica.

En este artículo se analiza el actual enfrentamiento entre Sudáfrica y Botsuana en relación con la extradición de fugitivos que han cometido delitos en Botsuana pasibles de condena con la pena de muerte y que huyeron a Sudáfrica. La tesis del artículo es que la insistencia de Sudáfrica en que Botsuana ofrezca garantías para que no aplique o ejecute la pena capital está adecuadamente asentada en el marco normativo y las mejores prácticas del derecho internacional. Por tanto, Botsuana debe cumplir esas solicitudes de garantías para asegurar que el sistema de extradición entre ambos no resulte dañado. Si no cesa el actual bloqueo, los delincuentes serán los vencedores y la justicia, la perdedora.

2 Breve introducción sobre la situación de la pena de muerte en el derecho internacional

Los esfuerzos por abolir la pena de muerte se remontan a Cesare Beccaria durante la época de la Ilustración, y hay constancia de debates públicos en torno al tema ya desde Grecia, en el 427 a. C. (DEVENISH, 1990, p. 1). El primer instrumento internacional que busca limitar el uso de la institución de la pena de muerte fue el Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra,⁴ de 1929, pero su aplicación se circunscribe a los prisioneros de guerra capturados en conflictos armados (ROTHENBERG, 2004). Según algunos estudiosos, como William Schabas, los esfuerzos más sistemáticos, consolidados y reales para abolir la pena de muerte no comenzaron hasta el siglo XX, en torno a finales de la década de 1940. A raíz de la incalculable pérdida de vidas en la Segunda Guerra Mundial, el movimiento abolicionista logró el apoyo popular, con lo que varios países comenzaron a moverse en esa dirección y numerosos antiguos Estados parias de Europa, como Alemania, Austria e Italia, prohibieron la pena capital como parte del proceso de “justicia de transición” para cerrar los capítulos de abusos contra los derechos humanos de la década anterior (SCHABAS, 2002, p. 2).

A mediados del siglo XX fue también el momento en el que el derecho internacional de derechos humanos comenzó a ganar credibilidad en cuanto sistema normativo de control de las instituciones internacionales de reciente creación, como las Naciones Unidas (ONU) y el Consejo de Europa. Durante la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), la Asamblea General de la ONU tenía previsto pedir la prohibición de la pena de muerte en virtud del artículo 3, que consagra el “derecho a la vida”. Casi ninguna voz se alzó en el transcurso del debate “para considerar la pena capital legítima, apropiada o justificada” para los delitos comunes. Sin embargo, la mayoría de los Estados aún no estaban dispuestos a abolirla, y para apaciguar tanto a los opositores como a los defensores de la pena de muerte y evitar un estancamiento de las negociaciones con miras a la adopción de la Declaración Universal, los negociadores consideraron la pena de muerte “como una inevitable y necesaria excepción al derecho a la vida, aunque una excepción cuya validez era cada vez más susceptible de recurso” (SCHABAS, 2002).

Cuando se adoptó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en 1966, muchos esperaban que fuera a abolir la pena de muerte (SCHABAS, 2002). Sin embargo, la abolición no se hizo obligatoria debido a “la prudencia de sus redactores, que eran conscientes de la anomalía que suponía, pero temían provocar el rechazo de los Estados retencionistas y disuadirlos de su ratificación” (SCHABAS, 2002). A pesar de que el PIDCP no logró abolir la pena de muerte, Schabas observa que “hay una tendencia inequívoca hacia la abolición”, y que esa tendencia se manifiesta “en la práctica del Estado, en el desarrollo de normas internacionales y en los valores humanos fundamentales [que] hacen pensar que... [la pena de muerte] no será una realidad por mucho tiempo” (SCHABAS, 2002, p. 377).

Conviene señalar que los estudiosos están divididos sobre la cuestión de si la pena de muerte está o no proscrita por el derecho internacional. Según Dugard y Van den Wyngaert (1998, p. 196), ningún tratado internacional de derechos humanos prohíbe la pena de muerte, aunque sí la prohíben algunos protocolos al PIDCP, al Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio Europeo) y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana). Ambos autores sostienen, además, que ni el *usus* ni la *opinio juris* de los Estados apoyan el embargo sobre la pena capital en el derecho internacional (DUGARD; VAN DEN WYNGAERT, 1998, p. 196). Según este punto de vista, en el caso *Prosecutor v. Klinge*, la Corte Suprema de Noruega declaró que la aplicación de la pena de muerte en Noruega era admisible, por no estar prohibida por el derecho internacional (NORWAY, *Prosecutor v. Klinge*, 1946, p. 262).⁵ Schabas, por el contrario, sostiene que es impreciso decir que el derecho internacional no prohíbe la pena de muerte, “pues varios tratados internacionales prohíben actualmente la pena de muerte”. Mientras que admite que tales instrumentos están lejos de alcanzar la universalidad, Schabas señala que unos setenta Estados están obligados “debido al derecho internacional y como resultado de los tratados ratificados a no imponer la pena de muerte” (SCHABAS, 2003).

Mientras que el autor de este artículo no trata necesariamente de conciliar las opiniones divergentes de los académicos mencionados hasta aquí, es evidente que la tendencia actual en las sentencias en el mundo se inclina hacia la no aplicación o la abolición de la pena de muerte.⁶ En 2003, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos falló en el caso *Öcalan v. Turquía* que, a pesar del hecho de que el artículo 2(1)⁷ del Convenio Europeo reconoce expresamente la pena de muerte, la práctica de los miembros del Consejo de Europa significa que esa forma de sentencia está proscrita por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Öcalan v. Turkey*, 2003, paras. 188-199), ya que todos los Estados europeos occidentales han abolido esa pena *de facto* o *de jure* (VAN DEN WYNGAERT, 1990).

Según Schabas, pese a que aún es prematuro decir que la pena de muerte está prohibida por el derecho internacional consuetudinario, la dinámica de las normas internacionales sugiere que así será sin mucho tardar (SCHABAS, 2002, p. 2). Por ejemplo, el estatuto fundacional de la Corte Penal Internacional (CPI) y las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que establecen los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda no prevén la pena de muerte entre las opciones de condena, a pesar de que estos tribunales judiciales han sido establecidos para juzgar los crímenes más atroces que han sacudido

la conciencia de la humanidad. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas también ha indicado que el PIDCP “sugiere inequívocamente que la abolición es de desear” (ROTHENBERG, 2004, p. 65). De hecho, desde la aprobación del PIDCP, las naciones del mundo han avanzado con notable rapidez para poner fin a la pena de muerte: a mediados de la década de 1990 los Estados abolicionistas superaban en número a los retencionistas (SCHABAS, 2002, p. 2). El movimiento hacia la abolición continúa hasta nuestros días; en las dos últimas décadas se observa un promedio de tres Estados por año que abolen la pena capital (BADINTER, 2004). En sintonía con esta tendencia, a finales del último trimestre de 2011, unos 16 países africanos habían abolido la pena de muerte (KAYTESI, 2012). En el sur de África, seis países han abolido la pena de muerte,⁸ y otros tres han decretado una moratoria en su aplicación.⁹

Pese a tales avances en el ámbito internacional, Botsuana continúa utilizando la pena de muerte como una forma viable de castigo para ciertos delitos. En armonía con el movimiento a favor de la abolición, la Comisión Africana exhortó así a Botsuana respecto al caso *Interights et al. v. Botswana* (TANZANIA, 2003, p. 84):

... Sería negligente por parte de la Comisión Africana presentar su decisión sobre este asunto sin reconocer la evolución del derecho internacional y la tendencia hacia la abolición de la pena de muerte... La Comisión Africana también ha alentado esta tendencia mediante la adopción de una ‘Resolución que insta a los Estados a contemplar una moratoria sobre la pena de muerte’, por lo que alienta a todos los Estados Parte en la Carta Africana a que tomen medidas para no aplicar la pena de muerte.

(AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE'S RIGHTS. *Interights et al. v. Botswana*, 2003).

Durante la primera aparición de Botsuana ante el Examen Periódico Universal (EPU) en 2008, los miembros de su equipo de examen¹⁰ le instaron a abolir la pena de muerte, a lo que respondió que no tenía planes de hacerlo. Tras la ejecución de un convicto de asesinato, Zibane Thamo, el 31 de enero de 2012, la Relatora Especial para el Grupo de Trabajo de Expertos de la Comisión Africana sobre la Pena de Muerte, la comisaria Zainabo Sylvie Kayitesi, declaró que “la Comisión Africana lamenta la ejecución que ha tenido lugar en Botsuana [...] en un momento en que muchos países africanos observan una moratoria sobre la pena de muerte y algunos están en proceso de su abolición total” (KAYITESI, 2012). Además, añadió que la pena de muerte representa la “violación más grave de los derechos humanos fundamentales, en particular del derecho a la vida en virtud del artículo 4 de la [Carta Africana]” (KAYITESI, 2012).

3 Botsuana y la corriente de la abolición de la pena de muerte

Como se ha indicado anteriormente, parece que Botsuana está nadando contra la corriente de la abolición de la pena de muerte, mostrándose impermeable a los esfuerzos legales internacionales en ese sentido. Sin embargo, es importante señalar que Botsuana es signatario de ningún instrumento que derogue la pena de muerte y, como tal, se puede argumentar que su aplicación de la pena de muerte no va contra los principios del derecho internacional, ya que no ha asumido ninguna responsabilidad en virtud

del derecho internacional, ni respecto a la abolición ni a declarar una moratoria sobre la pena de muerte. Por lo tanto, al comentar el impacto de la ley internacional sobre la aplicación de la pena de muerte en Botsuana, la Corte de Apelación de ese país observó en referencia al caso *Ntesang v. The State* (BOTSUANA, 2007, p. 387) que los avances en el ámbito internacional no son ni pueden ser decisivos para influirle en su mantenimiento de los imperativos constitucionales que ordenan la imposición de la pena de muerte en los casos establecidos por la ley. En sus propias palabras, la corte señaló:

Por supuesto, esta Corte... ni puede ni debe cerrar los ojos ante lo que sucede en otras partes del mundo y en la comunidad internacional a la que pertenecemos. Sin embargo, esta Corte debe mantenerse dentro del papel que nos corresponde como órgano encargado meramente de juzgar y no de legislar, en el marco de la Constitución, que es la ley fundamental de este país, y es sobre la interpretación de esa ley básica sobre lo que hemos sido llamados a pronunciarnos en este procedimiento.

(BOTSWANA, *Ntesang v. The State*, 2007, p. 158).

Tshosa argumenta que la actitud de la Corte de *Ntesang* demuestra una limitación judicial al invocar el derecho internacional para abolir la pena de muerte (TSHOSA, 2001, p. 107). Y añade que esa “[...] forma de limitación es una confirmación judicial indirecta de la teoría clásica de que el derecho internacional y el nacional son órdenes jurídicos distintos, cada uno de los cuales rigen una esfera jurídica diferente” (TSHOSA, 2001, p. 107).

Los tribunales de Sudáfrica han adoptado la misma posición que los de Botsuana, a saber, que el derecho internacional no prohíbe la pena de muerte (SOUTH AFRICA, *State v. Makwanyane*, 1995, para 36). Sin embargo, es importante tener en cuenta que la negativa de Sudáfrica a entregar a Botsuana criminales fugitivos que se enfrenten a posibles penas de muerte se basa en los imperativos de su Carta de Derechos Fundamentales y en el principio de reciprocidad del derecho internacional consuetudinario, y no en las disposiciones sobre derechos humanos de los instrumentos internacionales. Se explicó en el caso *Hilton v. Guyot* (UNITED STATES, 1895, p. 133), citado en la decisión de la Corte Superior en el caso del *Minister of Home Affairs & Outros v. Emmanuel Tsebe & Outros* (SOUTH AFRICA, 2012, p. 16), que el principio de reciprocidad es el “reconocimiento que una nación otorga dentro de su territorio a los actos legislativos, ejecutivos o judiciales de otra nación, teniendo debidamente en cuenta la conveniencia y el deber internacionales, como los derechos de sus propios ciudadanos o de otras personas que están bajo la protección de sus leyes” (UNITED STATES, *Hilton v. Guyot*, 1895, p. 136).

4 Acuerdos de extradición entre Sudáfrica y Botsuana

La República de Sudáfrica y Botsuana suscribieron un Tratado de Extradición en 1969. Pese a la existencia de dicho tratado, Sudáfrica se niega a entregar a Botsuana a cualquier persona acusada de haber cometido un delito pasible de la imposición de la pena de muerte, al igual que lo hace con cualquier otro país en esa misma situación, pues considera que la institución de la pena capital viola los derechos humanos fundamentales, como los derechos a la vida, la dignidad y a no ser sometido

a tratos crueles, inhumanos y degradantes, recogidos en la Carta de Derechos de su Constitución. Además de los imperativos prohibitivos de la Constitución sudafricana, en el artículo 6 del Tratado de Extradición entre Botsuana y Sudáfrica se dice que: “Podrá denegarse la extradición si en la legislación de la Parte requirente el delito por el cual se solicita la extradición es punible con la muerte y si la pena de muerte no está prevista para el mismo delito en la ley de la Parte requerida”. Además, Botsuana y Sudáfrica, junto con otros países del África meridional, han firmado el Protocolo sobre Extradición (2006) de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo (SADC, sus siglas en inglés). Según los términos del artículo 5(j) de dicho texto, podrá denegarse la extradición:

Si el delito por el cual se solicita la extradición conlleva una pena de muerte bajo la ley del Estado requirente, a menos que ese Estado ofrezca garantías que el Estado requerido considere suficientes de que la pena de muerte no será impuesta o que, si se impone, no será ejecutada [...]

(SOUTHERN AFRICAN DEVELOPMENT COMMUNITY, 2006, article 5° (c), p. 5).

Al respecto, considerando la Carta de Derechos de la Constitución sudafricana junto con el Tratado de Extradición entre ambos países y el Protocolo de Extradición de la SADC, resulta irreprochable la opinión de que Sudáfrica no está obligada por la ley aplicable a extraditar a Botsuana a nadie que pueda enfrentarse a la pena de muerte en ausencia de garantías por parte de Botsuana de que no se ejecutará al acusado si es declarado culpable. Entre Sudáfrica y Botsuana, el problema de la extradición en casos en que el extraditado se enfrenta a una posible sentencia de muerte surgió en el caso *Tsebe* (SOUTH AFRICA, *Minister of Home Affairs & Others v. Emmanuel Tsebe & Others*, 2012, p. 16). Dada la importancia cardinal de este caso para nuestro propósito, será oportuno hablar de ello, aunque sea brevemente.

En este caso, los demandantes, el señor Tsebe¹¹ y el señor Phale, fueron acusados por las autoridades de Botsuana de haber asesinado “brutalmente” a sus parejas en incidentes separados. En un intento de evitar ser procesados, atravesaron la frontera de Botsuana hacia Sudáfrica, donde fueron detenidos, con miras a su extradición a Botsuana tras la petición de este país. El ministro de Justicia de Sudáfrica solicitó una garantía de Botsuana de que, tras la extradición, no se impondría la condena a muerte a los demandados y que, de serlo, no serían ejecutados. Esta solicitud fue rechazada. A pesar de la negativa de Botsuana, Sudáfrica aceptó proceder con la extradición. Al resistirse a su extradición, los demandantes acudieron al Tribunal Superior del Sur de Gauteng (Tribunal Superior) de Sudáfrica solicitando una orden que declarara inconstitucional su prevista extradición.

Tras tomar en cuenta los instrumentos internacionales pertinentes, la jurisprudencia extranjera, la legislación interna y la jurisprudencia, la Corte Suprema estimó el recurso de los demandantes y la extradición fue denegada. Sostuvo que la extradición de los demandantes a Botsuana —país que se negó a dar garantías de que la pena de muerte no se impondría o, si se imponía, no se aplicaría—, sería ilegal y constituiría una violación de sus derechos a la vida, la dignidad y el derecho

a no ser tratados de forma inhumana y degradante, consagrados en la Constitución sudafricana. Al dictar su decisión, el tribunal señaló que:

Como se ha indicado anteriormente, [la posición de Botsuana sobre la pena capital] no está en línea con la tendencia mundial a abolir la pena de muerte, sino que tiene un atroz historial de ‘ejecuciones secretas’ en relación con la aplicación de la pena capital; su Constitución no inspira confianza en cuanto a que las disposiciones de clemencia sean aplicadas de manera humana e independiente; los informes de las investigaciones internacionales sobre la calidad y equidad de su sistema judicial al tratar de delitos punibles con la pena capital no son nada elogiosos; los instrumentos internacionales de que forma parte indican que la República habría de denegar la extradición; la ley nacional de la república prohíbe la extradición; y no hay ninguna ley internacional que obligaría a la República a extraditar en estas circunstancias.

(SOUTH AFRICA, *Minister of Home Affairs & Others v. Emmanuel Tsebe & Others*, 2012, para. 19).

En la apelación, la Corte Constitucional confirmó la decisión de la Corte *a quo* argumentando que la extradición de personas a un lugar o país en que puedan ser ejecutados, es incompatible con el *ethos* de la sociedad sudafricana, que se basa en los “valores de la dignidad humana, el logro de la igualdad y la promoción de los derechos humanos y las libertades [...] y de la supremacía de la Constitución y el Estado de derecho” (SOUTH AFRICA, *Mohamed and Another v. President of the RSA and Others*, 2001, para. 17). Al criticar la pena de muerte, ambas cortes prácticamente la consideraron una barbaridad. Al decidir en torno al caso *Tsebe*, ambas cortes se basaron en una decisión anterior de la Corte Constitucional de Sudáfrica, a saber, *Mohamed v. President of the Republic of South Africa* (SOUTH AFRICA, 2001, para. 18), que es el primer caso en Sudáfrica en establecer el principio de que las leyes internas obligan a Sudáfrica a rechazar la extradición cuando el Estado requirente sea retencionista y no esté dispuesto a ofrecer las garantías necesarias a Sudáfrica de que la pena de muerte no se impondrá a los fugitivos o de que, si se impone, no se ejecutará.

Dada la importancia de la decisión en el caso *Mohamed*, también es importante discutir brevemente el caso en su conjunto. En ese caso, el Sr. Mohamed, de nacionalidad tanzana, fue acusado de actuar en connivencia con otros terroristas en el bombardeo de las embajadas estadounidenses en Nairobi y Dar es Salaam, en que murieron varias personas. Tras los atentados, huyó a Sudáfrica. Plenamente conscientes de que, si se le trasladaba a Estados Unidos, el Sr. Mohamed sería condenado a muerte si se le declaraba culpable de los cargos de asesinato en serie, las autoridades sudafricanas lo entregaron a funcionarios estadounidenses sin solicitar al gobierno estadounidense garantías de que no se impondría la pena de muerte en caso de condena, o de que, si se le imponía, la pena no sería ejecutada. Al dictar su decisión en ese asunto, la Corte Constitucional reprobó el fracaso de Sudáfrica por no lograr “un acuerdo aceptable” que asegurara que el Sr. Mohammed no se enfrentaría a la pena de muerte en Estados Unidos. La Corte consideró, además, que, con la entrega del extraditado a los Estados Unidos, el gobierno de Sudáfrica facilitó la imposición de la pena de muerte contra él y que esa conducta violó sus obligaciones recogidas

en la sección 7(2) de la Constitución, que exige que el gobierno “respete, proteja, promueva y cumpla los derechos contemplados en la Carta de Derechos” (SOUTH AFRICA, *Mohamed and Another v. President of the RSA and Others*, 2001, paras. 58-60).

La Corte declaró que, al entregar al Sr. Mohamed a las autoridades de Estados Unidos para que fuera juzgado en ese país, sabiendo plenamente que, en caso de condena, moriría, sin exigir las garantías necesarias por parte del gobierno estadounidense, el gobierno de Sudáfrica violó el derecho constitucional del Sr. Mohamed a la vida, a la dignidad humana y a no ser tratado o castigado de una manera cruel, inhumana o degradante (SOUTH AFRICA, *Mohamed and Another v. President of the RSA and Others*, 2001, para. 37, 58 and 60). Un enfoque similar fue adoptado por la Corte de Apelación de Canadá en el caso *Canada (Minister of Justice) v. Burns & Anor* (CANADA, 2001, p. 19). En este caso, la Corte sostuvo que la emisión de una orden del ministro canadiense de Justicia de extraditar a fugitivos solicitados por Estados Unidos, donde serían sometidos a juicio por una acusación de asesinato, en ausencia de garantías por parte de este país de que las personas requeridas no serían condenadas a muerte, constituye una violación de sus derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, garantizado por el artículo 7 de la Constitución de Canadá. Así, la Corte de Apelación anuló la orden de extradición considerando que era inconstitucional (CANADA, *Canada (Minister of Justice) v. Burns & Anor*, 2001, para 20).

5 Conciliar extradición y derechos humanos

Como se ha visto, actualmente contamos con una vasta jurisprudencia en el derecho internacional de derechos humanos que apoya la idea de que hay que tener en cuenta las preocupaciones sobre los derechos humanos del fugitivo antes de llevar a cabo la extradición. Según Plachta, el desarrollo del discurso de los derechos humanos ha afectado inevitablemente a la esfera de la cooperación internacional en materia de justicia penal, cuya figura prominente —la extradición— ha estado dominada durante varios siglos por preocupaciones profundamente ancladas en “los intereses del Estado, como la soberanía, conservar el poder y el orden interno, manteniendo alianzas políticas externas, etc.” (PLACHTA, 2001, p. 64). En consecuencia, conforme al derecho internacional clásico, los derechos humanos estaban protegidos en la medida en que su protección estaba en consonancia con las prioridades e intereses declarados por el Estado (PLACHTA, 2001). Esto se debe a que en el derecho internacional convencional se hacía hincapié en la protección del Estado y no en la del individuo (MURRAY, 2004, p. 7). Con la importancia que ha cobrado el movimiento de derechos humanos en el mundo, esa perspectiva centrada en el Estado ha cambiado radicalmente, un cambio que ha coincidido con el fortalecimiento de la posición del ser humano en el plano internacional y la contracción del dominio del Estado en los asuntos mundiales. Hoy en día, los derechos humanos son tan cruciales que incluso las personas de quien se solicita la extradición y que hayan cometido o se sospeche que hayan cometido los crímenes más atroces deben ser tratados de una manera que sea sensible a sus derechos (DUGARD, 2011, p. 226).

Al tiempo que algunos países siguen dispuestos a proteger los derechos de las personas de quien se solicita la extradición, también hay que tener en cuenta que

los delitos transnacionales e internacionales han crecido significativamente en la última década como consecuencia de la globalización y de los avances tecnológicos (EKMEKCIOGLU, 2012, p. 204). La comunidad internacional ha respondido al flagelo de la delincuencia transfronteriza mediante la instauración de instituciones tales como la Oficina Europea de Policía (Europol)¹² y la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol)¹³ y otros tratados bilaterales y multilaterales ideados para “proscribir la delincuencia transnacional, promover la extradición y autorizar a la asistencia mutua” (DUGARD; VAN DEN WYNGAERT, 1998, p. 1). El concepto de extradición presenta una tensión inevitable entre la necesidad de combatir la delincuencia y la observancia de las nociones de derechos humanos en la justicia penal, de donde se deduce la importancia de establecer un sistema penal en que se aborde o suprima el delito de una manera que sea sensible a los derechos humanos. Esta observación fue hecha por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Soering v. United Kingdom* (EUROPEAN COURT ON HUMAN RIGHTS, 1989, p. 161), cuando opinó:

[Inherente al conjunto del Convenio Europeo de Derechos Humanos] se encuentra una búsqueda de un justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la protección de los derechos fundamentales del individuo. A medida en que los movimientos internacionales se vuelven más fáciles y los delitos adquieren una dimensión internacional más amplia, es cada vez mayor el interés de todos los países de que los presuntos delincuentes que huyen al extranjero deben ser llevados ante la justicia. Por el contrario, el establecimiento de refugios seguros para los fugitivos no solo resultaría en un peligro para el Estado que se viera obligado a albergar a la persona protegida, sino que también tendería a socavar los cimientos de la extradición.

(EUROPEAN COURT ON HUMAN RIGHTS, *Soering v. United Kingdom*, 1989, para. 89).

La decisión en el caso *Soering* se considera pionera en la vinculación entre extradición y derechos humanos, por lo que conviene dar una breve explicación sobre los hechos. En este caso, el demandante *Soering*, un ciudadano alemán occidental, asesinó a los padres de su novia en Virginia (un estado retencionista de los Estados Unidos) y huyó al Reino Unido, al que solicitaron su extradición los Estados Unidos. Cuando el Reino Unido estaba preparando su extradición, el demandante se dirigió a la Comisión Europea de Derechos Humanos para detener la extradición sobre la base de que, puesto que el estado de Virginia era retencionista, con la extradición el Reino Unido violaría sus obligaciones en virtud del artículo 3 del Convenio Europeo, que prohíbe someter a una persona a tortura y tratos o penas inhumanos o degradantes.

La Comisión remitió el caso de *Soering* a Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual confirmó la tesis del demandante de que, si lo entregara a Estados Unidos, el Reino Unido violaría sus obligaciones en virtud del artículo 3 del Convenio Europeo, con el argumento de que el Reino Unido no podía entregar a *Soering* a Estados Unidos porque había un riesgo real de que fuera sometido a un trato inhumano y degradante, manteniéndolo en el corredor de la muerte durante un largo período de tiempo en el estado de Virginia. Además, el Tribunal sostuvo que el hecho de que las violaciones de derechos humanos en cuestión se produjeran

fuera del territorio del Reino Unido, no absolvía a este país de toda responsabilidad por cualquier consecuencia previsible de la extradición que pudiera sufrir fuera de su jurisdicción (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Soering v. United Kingdom*, 1989, para 91). Desde este punto de vista, un Estado al que se formule la solicitud de extradición incurre en responsabilidad en virtud del Convenio Europeo cuando, pese a tener motivos razonables para prever que se producirán violaciones de derechos humanos, decide proceder con la extradición del fugitivo. Dicho enfoque fue adoptado también por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH) en el caso *Ng v. Canada* (1993b, 161). En este caso, la Comisión sostuvo que Canadá había violado el artículo 7 de la PIDCP, que prohíbe el sometimiento de un ser humano a un castigo cruel, inhumano o degradante, al conceder la extradición de Ng a Estados Unidos cuando era razonablemente previsible que, de ser condenado a muerte en California, sería ejecutado a través de asfixia por gas, una forma de castigo proscrita bajo el citado artículo 7 del PIDCP.

A pesar de la conveniencia de conciliar extradición e imperativos de derechos humanos, lograr esa reconciliación podría resultar casi imposible, precisamente porque el derecho internacional aún no ha establecido con claridad las normas o directrices articuladas y las reglas que deben guiar el proceso de toma de decisiones del país que tenga la custodia de un fugitivo sobre la conveniencia o no de entregarlo al Estado requirente, teniendo en cuenta la situación de los derechos humanos de este último Estado. Dugard y Van den Wyngaert argumentan correctamente que no se puede lograr un ejercicio de equilibrio entre ambos intereses en conflicto mediante la intuición o a través de fuerzas desarticuladas, sino identificando en primer lugar los intereses en conflicto y estableciendo a continuación mecanismos y procedimientos que guíen a los tomadores de decisiones en el proceso (DUGARD; VAN DEN WYNGAERT, 1998, p. 1).

6 Los derechos en juego en un proceso de extradición

Los principales derechos que han sido invocados para obstaculizar la extradición son los siguientes: el derecho a la vida, el derecho a la dignidad y el derecho a no ser tratado de manera degradante o inhumana. Estos derechos están en juego en el período que sigue a la sentencia y precede a la ejecución, en el procedimiento de la ejecución y en la pérdida de la propia vida.

6.1 *El derecho a la vida (en caso de que el fugitivo se enfrente a la pena de muerte)*

En Botsuana, el derecho a la vida está garantizado en virtud del sección 4(1) de su Constitución. En esa misma sección se permite la pena de muerte como excepción al derecho a la vida, estableciendo lo siguiente: "Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo mediante la ejecución de una sentencia de un tribunal respecto a un delito por que haya sido condenado y que esté tipificado en la ley en vigor en Botsuana". (BOTSUANA, 1996, 4(1)).¹⁴

Aunque esta disposición haya sido criticada por atentar contra la importancia

práctica del derecho a la vida (TSHOSA, 2001, p. 110), el hecho es que en Botsuana la pena de muerte es constitucional.¹⁵ Por lo tanto, los defensores de la pena de muerte pueden argumentar que, dado que se contempla la pena de muerte en virtud de la Constitución botsuana y no está prohibida por la ley en materia de derecho internacional, Botsuana en general puede aplicarla como lo considere oportuno. Sin embargo, esa afirmación no puede ser del todo correcta. Como ya se indicó, esa posición va actualmente contra la tendencia del derecho internacional. En *Kindler v. Canada* (HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 1993a, p. 426), el Comité de Derechos Humanos consideró que, “si bien los Estados Partes no están obligados a abolir la pena de muerte, sí lo están a limitar su uso”. Sin embargo, el derecho internacional no impone ni obliga al Estado requerido a reclamar garantías de un Estado, solicitando que este último no aplicará la pena de muerte. Así, en el caso *Kindler*, el gobierno canadiense no insistió en tales garantías por parte de Estados Unidos, y tanto la Corte Suprema de Canadá como el CDH de Naciones Unidas sostuvieron que Canadá no tenía obligación de insistir en que se ofrecieran esas garantías. Sin embargo, resulta instructivo en este caso el firme voto del Sr. B. Wennergren, miembro del Comité de Derechos Humanos. En su opinión, el derecho a la vida es el derecho más supremo, y no hay espacio para excepciones permitidas en relación con este derecho en virtud del artículo 6 apartado 1 del PIDCP. Así, observó que Canadá violó el mencionado artículo 6 apartado 1 al permitir la extradición del Sr. Kindler a Estados Unidos sin tener garantías previas de que el Sr. Kindler no sería sometido a la pena de muerte (HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Kindler v. Canada*, 1993a, para 23).

Posteriormente la Corte Suprema de Canadá reexaminó y revocó su decisión en el caso *Kindler* en el caso *Burns*. Diez años más tarde, el Comité de Derechos Humanos también reconsideró su posición en el caso *Kindler* en el caso *Judge v. Canada* (HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 1998). Partiendo de su posición en el primer caso, el Comité de Derechos Humanos argumentó lo siguiente:

Los países que han abolido la pena de muerte tienen la obligación de no exponer a una persona al riesgo real de su aplicación. Por lo tanto, no pueden expulsar de su jurisdicción, ya sea por mera expulsión o por extradición, a individuos en caso de que se pueda prever razonablemente que van a ser condenados a muerte, sin asegurarse de que la pena de muerte no se aplicaría.

(HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Judge v. Canada*, 2003, para 10.4).

En consecuencia, el Comité de Derechos Humanos consideró que Canadá había violado el derecho de Judge a la vida garantizado por el artículo 6(1) del PIDCP al deportarlo a Estados Unidos, donde se enfrentaba a una sentencia de muerte, sin la solicitud previa de que este país no aplicaría la pena de muerte si ese era el fallo de los tribunales (HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Judge v. Canada*, 2003, para 10.6).

Los tribunales italianos han adoptado un planteamiento más liberal. Ante los tribunales italianos, una mera garantía de que no se ejecutará la pena de muerte no es suficiente para desencadenar un proceso de extradición o deportación. En el caso

Venezia v. Ministero di Graziae Giustizia, Corte cost (ITALY, 1996, p. 815), un tribunal italiano dictaminó que las garantías de los Estados solicitantes de que no se aplicará la pena de muerte no constituyen garantías suficientes, y que tales garantías dadas por el Ejecutivo no son vinculantes para los tribunales italianos. Ante los tribunales italianos, una vez que se demuestre que se está buscando al fugitivo por delitos que potencialmente puedan ser condenados con la pena de muerte, se niega la extradición. El planteamiento italiano subraya la importancia cardinal del derecho a la vida.

6.2 *La prohibición de la tortura*

Hoy en día está ganando terreno la afirmación de que la práctica de la pena de muerte constituye tortura (PROKOSCH, 2004, p. 24). Algunos comentaristas han argumentado que la ejecución supone una forma de tortura, pues tiene un impacto físico y mental extremo en una persona que ya está bajo el control del gobierno (PROKOSCH, 2004, p. 26). La práctica de la tortura está prohibida por el derecho internacional consuetudinario. De hecho, la prohibición de la tortura goza de la condición de *ius cogens* en el derecho internacional. Por otra parte, la tortura ha sido declarada ilegal por varios instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos de los que Botsuana es parte, tales como la Declaración Universal (artículo 5), el PIDCP (artículo 7), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,¹⁶ y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1986, artículo 5), entre otros. En el caso *Filartiga v. Pena-Irala* el juez Kaufman sostuvo que:

A la luz de la condena universal de la tortura en numerosos acuerdos internacionales, y la renuncia a la tortura como instrumento de la política oficial de prácticamente todos los países del mundo (en principio, si no en la práctica), nos encontramos con que un acto de tortura cometido por un funcionario del Estado contra una persona detenida viola las normas establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos [...].

(UNITED STATES, *Filartiga v. Pena-Irala*, 1980, p. 630).

Puesto que la pena de muerte constituye una forma de tortura, y la tortura está universalmente prohibida, los Estados solicitados no deben experimentar ninguna dificultad en rechazar la extradición a cualquier país en el que el extraditado se enfrentaría a la tortura en forma de pena de muerte. Por lo tanto, Sudáfrica no puede ser criticado por negarse a extraditar a una persona buscada por Botsuana que esté acusada de un delito pasible de ser condenado con la pena capital. Consentir a una solicitud de extradición por un Estado retencionista, en un caso en que no se haya dado una garantía de no aplicación de la pena de muerte, sería alentar la perpetuación de la tortura.

7 **Tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes**

Dugard y Van den Wyngaert argumentan que el estatus del derecho a no ser sometido a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes no está claro en el derecho consuetudinario internacional, debido a su carácter tan amplio (DUGARD;

VAN DEN WYNGAERT, 1998, p. 198). Sin embargo, en el caso de ciertas formas de tratos o penas será fácilmente discernible que constituyan tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. Uno de esos tratamientos es el corredor de la muerte. No puede haber ninguna duda de que, cuando se mantiene a un preso en condiciones muy duras durante un tiempo prolongado, con el espectro de la muerte que se cierne sobre su cabeza junto con la angustia siempre creciente de la ejecución inminente, se le somete a tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. Sin embargo, en el caso *Kindler*, se dijo que “en general no puede considerarse que los periodos prolongados de reclusión con régimen penitenciario de vigilancia estricta en el corredor de la muerte constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, si el condenado está interponiendo recursos de apelación” (HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Kindler v. Canada*, 1993, para 15.2). La Corte Suprema de Zimbabue adoptó una posición contraria a este respecto en el caso *Commission for Justice & Peace, Zimbábue v. Attorney-General Zimbabwe* (ZIMBABWE, 1993, p. 239), donde se afirma que:

Me parece muy artificial y poco realista descontar la agonía mental y el tormento experimentado en el corredor de la muerte sobre la base de que, si no hubiera hecho el máximo uso de los procedimientos judiciales disponibles, el condenado hubiera acertado su sufrimiento, en lugar de alargarlo.

(ZIMBABWE, *Zimbabwe v. Attorney-General Zimbabwe*, 1993, p. 265)¹⁷

Aunque Botsuana suele ser rápida en la ejecución de los culpables, ha habido incidentes en el corredor de la muerte¹⁸ con que se ha ofendido los derechos fundamentales de los internos. A tal fin, se argumenta que la pena de muerte es un remanente de un antiguo sistema penal y que va contra los conceptos de la dignidad humana y los derechos humanos que hoy “se reconocen como los principios supremos y las normas absolutas en cualquier sociedad políticamente organizada” (YAZAMI, 2008).

8 Algunas observaciones sobre la aplicación de la pena de muerte en Botsuana

Jueces y académicos han criticado el historial de Botsuana en la aplicación de la pena de muerte. El pleno de la Corte Suprema de Gauteng en el caso *Tsebe* observó que “desde su independencia, en 1966, Botsuana no ha presentado un buen historial en lo referente a la aplicación de la pena de muerte” (SOUTH AFRICA, *Minister of Home Affairs & Others v. Emmanuel Tsebe & Others*, 2012, para. 61).

Chenwi escribe que fue especialmente lamentable que en el caso de *Interights v. Botswana*, el Gobierno de Botsuana ahorcara en secreto al condenado, la Sra. Bosch, mientras su caso estaba pendiente de tratamiento en la Comisión Africana. En el caso de *Bosch*, la acusada fue declarada culpable de asesinato. Tras agotar todos los recursos internos, hizo una petición a la Comisión, alegando que su pena de muerte inminente violaba algunos de sus derechos en virtud de la Carta Africana. El 27 de marzo de 2001, el presidente de la Comisión Africana, escribió

al presidente de Botsuana para que lograra un aplazamiento de la ejecución de la solicitante a la espera de que la Comisión tomara una determinación definitiva respecto a la petición de la Sra. Bosch. Pese a la petición, el 31 de marzo de 2001, Botsuana ejecutó en secreto a la solicitante.

Las instituciones internacionales de investigación también han analizado la aplicación de la pena de muerte en Botsuana y han concluido que la aplicación de la pena en ese país deja mucho que desear. Por ejemplo, en uno de sus informes, titulado *Hasty and Secretive Hanging* [Ahorcados con prisa y en secreto], la Federación Internacional de Derechos Humanos (2007) pone al descubierto algunas deficiencias en los procedimientos de sentencia en la Justicia de Botsuana, en particular en relación con la aplicación de la pena de muerte. Dicho informe señala principalmente que desde la independencia de Botsuana, en 1966, “solo se ha concedido el indulto tras la condena a muerte a una persona” (INTERNATIONAL FEDERATION FOR HUMAN RIGHTS, 2007, p. 18). El informe señala que el proceso de clemencia tratado por la Comisión de Indultos es muy poco creíble. De manera significativa, se observó que la Comisión de Indultos “es un órgano asesor del Poder Ejecutivo” (INTERNATIONAL FEDERATION FOR HUMAN RIGHTS, 2007, p. 26) en el que, por ejemplo, el Fiscal General, principal asesor jurídico del Gobierno, era miembro. Por lo tanto, es razonable suponer que la capacidad del Fiscal General para actuar de forma independiente y sin demagogia ante los antojos y caprichos de los políticos que lo nombraron debe verse gravemente socavada. Además, el funcionamiento de la Comisión de Indultos no está abierto al examen público: los criterios y fundamentos jurídicos en que se basa el presidente son desconocidos para el público. Esa opacidad va en contra de la visibilidad de la acción oficial, que es muy necesaria para que el público tenga confianza en las instituciones públicas. Al respecto, el informe señaló: “Esta completa opacidad supone una grave amenaza para el debido proceso y la administración de justicia, y viola el derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena, consagrado en el artículo 6 apartado 4 del PIDCP” (INTERNATIONAL FEDERATION FOR HUMAN RIGHTS REPORT, 2007, p. 26).

El informe también expresa su preocupación por el hecho de que los bajos honorarios pagados a la asistencia *pro deo* (asistencia letrada gratuita) en los casos de asesinato compromete el derecho de las personas acusadas a un juicio justo; el problema de los bajos honorarios, en algunos casos, tiene graves repercusiones en los derechos de los acusados asistidos por abogados inexpertos que carecen de las habilidades, recursos y compromisos para tratar esos asuntos serios, lo cual afecta negativamente a los derechos de los acusados.

9 El camino a seguir

Si bien es cierto que se debe admitir que los Estados a que se solicita la extradición no deben entregar a los prófugos a un país en que se violen sus derechos, hay que tener igualmente en cuenta que dichos fugitivos deben ser juzgados, de forma que se reprima el crimen y se evite que los países a que se solicita la extradición se conviertan en refugios seguros para los delincuentes. Por lo tanto, es importante buscar estrategias y métodos para crear un buen equilibrio entre la protección de

los derechos humanos y la represión de la delincuencia. Se sugiere que Sudáfrica y Botsuana podrían utilizar el procedimiento de extradición condicionada, importante para equilibrar los intereses en juego, a saber, la protección de los derechos del extraditado y el enjuiciamiento de los presuntos responsables de haber incumplido la ley. En el contexto de la pena de muerte, la extradición condicional requeriría que el Estado retencionista se comprometa previamente a que el extraditado no será ejecutado si se declara culpable del delito por el que está siendo extraditado. En la actualidad, Botsuana ha rechazado este acuerdo. No obstante, se espera que reexaminará su posición al respecto y que finalmente la aceptará.

La extradición condicional no es infrecuente. En el caso de *Aberto Makwakwa & others v. The State* (SOUTH AFRICA, 2011, para. 19), el gobierno de Lesoto proporcionó una garantía satisfactoria a Sudáfrica, a petición de esta última, de que los extraditados que se enfrentaban a una acusación de conspiración para asesinar al primer ministro de Lesoto no serían ejecutados si se les declaraba culpables. Dugard y Van den Wyngaert también señalan que, en octubre de 1996, Canadá extraditó a una persona llamada Rodolfo Pacificador a Filipinas para ser procesado por asesinato, a condición de que, si se le declaraba culpable, no sería condenado a muerte (DUGARD; VAN DEN WYNGAERT, 1998, p. 208).

La desventaja de la extradición condicional es que el Estado requirente puede no cumplir las garantías dadas. Un ejemplo de ello es el caso de Wang Jianye, que fue extraditado por Tailandia a China para ser juzgado por un delito capital con la condición de que, si era declarado culpable, no se le aplicaría la guillotina ni sería condenado a una pena superior a quince años. Apenas un año después de su extradición, Jianye fue ejecutado por China (DUGARD; VAN DEN WYNGAERT, 1998, p. 208). El actual punto muerto entre Sudáfrica y Botsuana en relación con las extradiciones que implican la pena de muerte es otro ejemplo de falta de voluntad política para aceptar la extradición condicional.

Otra solución es el proceso de derecho internacional de *aut dedere aut judicare* (o extraditar o juzgar), en el cual un Estado requerido podrá denegar la extradición por temor a que se violen los derechos de los fugitivos y elegir perseguir al fugitivo utilizando sus propios mecanismos judiciales. Por lo general, el principio de *aut dedere aut judicare* se invoca cuando un delincuente está acusado de crímenes atroces y aberrantes en grado sumo, en cuyo caso la impunidad con respecto a tales fugitivos se considera como un peligro gravísimo derivado de la no extradición (BEDI, 2001, p. 103).

En el derecho internacional moderno, el principio de *aut dedere aut judicare* se ha interpretado como aplicable solo a los “delitos que de alguna manera afectan a la sociedad humana” difundidos en su totalidad, y que en la jerga jurídica contemporánea pueden considerarse, en buena medida, delitos internacionales (BEDI, 2002, p. 101). Sin embargo, se argumenta que no existe ningún impedimento práctico que limite el funcionamiento de la *aut dedere aut judicare* solo a los delitos internacionales. No obstante, la utilidad de este enfoque se ve socavada por el hecho de que, actualmente, en general, los delitos puramente nacionales no están sujetos a enjuiciamiento extraterritorial —especialmente en las jurisdicciones de derecho común—. Estas jurisdicciones reconocen el principio de territorialidad como base para asumir competencia sobre un asunto criminal.

En los últimos años, Sudáfrica ha aprobado diversas leyes que tratan de otorgar a los tribunales sudafricanos jurisdicción para juzgar ciertos delitos específicos pese a que se hayan cometido fuera de Sudáfrica. Ejemplos de una legislación tal son la Ley de Prevención y Lucha contra la Corrupción (2004) y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (2004). Al comentar ese desarrollo en el caso *Tsebe* (SOUTH AFRICA, 2012), el alto tribunal señaló que si Sudáfrica podía aprobar leyes que empoderaran a sus tribunales a juzgar crímenes que se hubieran cometido fuera de su territorio, no había ninguna razón para que una legislación similar no pudiera aprobarse para garantizar que los fugitivos que se encuentren en suelo sudafricano y estén siendo buscados por un Estado requirente que mantiene la pena capital para los delitos a que el fugitivo se enfrenta, puedan ser juzgados por los tribunales sudafricanos cuando los Estados que los solicitan no estén dispuestos a dar las garantías necesarias (SOUTH AFRICA, *Minister of Home Affairs & Others v. Emmanuel Tsebe & Others*, 2012, para 61).

Dicha legislación sería de inmensa utilidad para asegurar que las personas acusadas de haber cometido delitos pasibles de ser castigados con la pena de muerte en Botsuana y huyen a Sudáfrica puedan ser juzgadas en Sudáfrica, siempre que Botsuana no esté dispuesta a garantizar que no serán ejecutados. Esto aseguraría que los que cometen delitos capitales en Botsuana y huyen a Sudáfrica no queden impunes, como sucede actualmente. Al promulgar esta ley, Sudáfrica actuará en consonancia con el Protocolo de Extradición de la SADC, que en su artículo 51 establece que, en caso de que la extradición haya sido denegada en razón de que otro país de la SADC no esté dispuesto a dar las garantías necesarias de exclusión de la pena de muerte, “[...] el Estado requerido deberá, si el otro Estado así lo solicita, someter el caso a sus autoridades competentes con el fin de tomar las medidas apropiadas contra el acusado del delito por el cual se había solicitado la extradición” (SOUTHERN AFRICAN DEVELOPMENT COMMUNITY, 2006, article 5 (c)).

Sin embargo, han surgido preocupaciones de que esa disposición podría plantear problemas en lo tocante a las pruebas, especialmente pruebas de *viva voce*, que ocupan un lugar destacado en el mundo del derecho consuetudinario (DUGARD; VAN DEN WYNGAERT, 1998, p. 209). No hay duda de que tal extensión transfronteriza de la jurisdicción penal exigiría que los testigos que residen en el Estado requirente sean llevados al Estado requerido a testificar. En el caso *Tsebe* (SOUTH AFRICA, 2012), la Corte Suprema acaba de declarar que este problema no era insalvable, ya que todo lo que requiere para su aplicación efectiva es la cooperación entre el Estado requirente y el Estado requerido. Pero Dugard y Van den Wyngaert argumentan que es muy poco probable que un Estado cuya solicitud de extradición haya sido rechazada debido a cuestiones de derechos humanos esté dispuesto a cooperar con las autoridades del Estado requerido (DUGARD; VAN DEN WYNGAERT, 1998, p. 208). Además, estos dos estudiosos sostienen que, aun cuando se observen las pruebas, los tribunales del Estado requerido podrán tratarlas con recelo debido al historial poco halagüeño del Estado requirente en el terreno de los derechos humanos sobre la pena capital (DUGARD; VAN DEN WYNGAERT, 1998, p. 208).

Otro problema se refiere a la aplicación retroactiva de la ley penal. Si Sudáfrica aprueba dicha legislación penal extraterritorial, ¿se aplicará a los delitos anteriores

a dicha legislación? Esto parece poco probable debido a la inadmisibilidad de la aplicación retroactiva de la ley penal. Sin embargo, se puede argumentar que esta ley no se aplicará retroactivamente *per se* porque los delitos capitales que se encuentran en las leyes penales de Botsuana han sido reconocidos como delitos en las leyes penales de todas las jurisdicciones civilizadas, entre ellas la de Sudáfrica. El estatuto que otorga a los tribunales sudafricanos la jurisdicción penal para hacer frente a delitos cometidos fuera de Sudáfrica creará así, simplemente, mecanismos para juzgar y no para crear ningún nuevo delito o pena con carácter retroactivo. En consecuencia, no pueden surgir problemas de aplicación retroactiva de la ley.

El otro problema asociado a la extensión de la jurisdicción penal de los tribunales de Sudáfrica en relación con los delitos capitales cometidos en Botsuana es que los delincuentes que hayan cometido los mismos delitos serían sometidos a un tratamiento o un castigo diferente, pues mientras que los de Botsuana pueden ser ejecutados, los que sean juzgados en Sudáfrica no se enfrentan al riesgo de la pena de muerte. Esa falta de uniformidad en las sentencias entre las dos jurisdicciones puede causar graves injusticias. A pesar de ese inconveniente, si la jurisdicción penal de los tribunales de Sudáfrica se amplía, el problema se convertiría en un problema de distintos regímenes de sentencia en vez de un problema de impunidad, que se da actualmente. Se puede argumentar que es mejor imponer una pena menor a una persona acusada de un delito capital que no juzgarla, pues esto último afianza una indeseable cultura de la impunidad y socava los esfuerzos de prevención del delito.

10 Conclusión

Como se indicó en la introducción de este artículo, actualmente las nociones de derechos humanos han penetrado en todas las esferas de la vida humana. Los derechos humanos se han convertido en una característica integral del derecho internacional contemporáneo, y la extradición no ha escapado a su alcance. La invocación de los principios de derechos humanos en materia de extradición ha sido denunciada por muchos países como un obstáculo para la lucha contra los delitos transnacionales e internacionales. Si bien es cierto que tales preocupaciones pueden despertar simpatía, son insostenibles atendiendo a la ley.

Como se ha mostrado en este artículo, es necesario lograr un equilibrio sumamente delicado entre la protección de los derechos humanos y los esfuerzos por suprimir el crimen. Ambos intereses son legítimos y están a la vanguardia de la agenda mundial, por lo que no puede comprometerse uno para dar preferencia al otro. Un mejor sistema de derecho penal internacional tendría que contar con un acuerdo de extradición que fuera sensible a los derechos de los fugitivos. Con ese fin, Botsuana y Sudáfrica deben moverse con rapidez y ponerse de acuerdo sobre un enfoque de extradición que esté en línea con las normas vigentes del derecho internacional de los derechos humanos. El enfoque más común y predominante en el mundo y el que resultará más fácil de implementar es la extradición condicional que propone Sudáfrica. Más crucial resulta que Botsuana armonice su régimen de aplicación de sentencias para delitos capitales con las tendencias mundiales emergentes y abole la pena de muerte o establezca una moratoria sobre la misma.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- AMNESTY INTERNACIONAL. Facts and Figures on the Death Penalty. Disponible en: <<http://web2.amnesty.org/library/Index/engACT500022001?OpenDocument&of=THEMES%5CDEATH> +>. Visitado en: Mayo 2013.
- ANDREA, Bianchi. 1997. Case note, 91. **African Journal in International Law**, n. 727, 1997.
- BADINTER, Robert. 2004. Moving towards universal abolition of the death penalty'. In: COUNCIL OF EUROPE. **Death Penalty: Beyond Abolition**. Strasbourg: Council of Europe, 2004. p. 7-11.
- BEDI, Satya D. 2001. **Extradition: A Treatise on the Laws Relevant to the Fugitive Offenders within and with Commonwealth countries**. Buffalo, New York: Wm. S. Hein Publishing, 2001.
- BERLIN, I. (1969). Two Concepts of Liberty. In: _____. **Four Essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press.
- BOJOSI, Kealeboga N. 2004. A commentary on recent constitutional challenges to the death penalty in Botswana. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON THE APPLICATION OF THE DEATH PENALTY IN COMMONWEALTH AFRICA, 1. British Institute of International & Comparative Law. Entebbe, Uganda from 10th to 11th, 4. Disponible en: <http://www.biicl.org/files/2191_bojosi_recent_constitutional_challenges.pdf>. Visitado en: Mayo 2013.
- BOTSWANA. 1964. **Penal Code**, Cap 08:01, Laws of Botswana.
- _____. 1966. **Constitution of Botswana**, Cap 01:01, Laws of Botswana,
- _____. 1997. **Criminal Procedure and Evidence Act**, Cap 08:02, Laws of Botswana,
- CHENWI, Lilian. 2007. **Towards the Abolition of the death penalty in Africa: a human rights perspective**. Pretoria: Pretoria University Law Press.
- DEVENISH, G. E. 1990. The Application of the Death Penalty in South Africa. **South African Law Journal**, n. 37.
- DUGARD, John. 2011. **International Law: A South African Perspective**. Cape Town. Juta & Company.
- DUGARD, John; VAN DEN WYNGAERT, Christine. 1998. Reconciling Extradition with Human Rights. **The American Journal of International Law**, v. 92, n. 2. p. 187-212.
- EKMEKCIOGLU, Ercan. 2012. Transnational Crimes and Information Technologies. **International Journal Emerging Sciences**, v. 2, n. 2, p. 204-209.
- ESER, Albin; LAGODNY, Otto. (eds). 1992. **Principles and Procedures for a new transnational criminal law**. Freiburg-im-Breisgau, Germany: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales. Reprinted in Pace Y. B. Int'l Law 123 (1992). p. 489-710.

- GROTIUS, Hugo. 1925. **On the Law of War and Peace / De iure belli ac pacis**. Transl. Ralph Deman Magoffin. Book II, Chapter XXI, para. III-1, 2, IV-1, 3. Indianapolis: Bobbs-Merrill.
- HASSON, Kevin J. 2003. Religious Liberty and Human Dignity: A Tale of Two Declarations. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 27, n. 1, p. 81-92.
- INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. 2008. **The Death Penalty under International Law: A Background Paper to the IBAHRI Resolution on the Abolition of the Death Penalty**. London: International Bar Association. Disponible en: <http://www.ibanet.org/Human_Rights_Institute/About_the_HRI/HRI_Activities/death_penalty_resolution.aspx>. Visitado en: Mayo 2013.
- INTERNATIONAL FEDERATION OF HUMAN RIGHTS; THE BOTSWANA CENTRE FOR HUMAN RIGHTS. 2007. The death penalty in Botswana: Hasty and Secretive Hangings. International Fact-finding Mission, n. 473/2, June. Disponible en: <<http://www.ditshwanelo.org/bw/images/DPBHSH.pdf>>. Visitado en: Mayo 2013.
- ISRAEL, Priscilla K. 2011. **An evaluation of extradition between the Republic of Botswana and the Republic of South Africa**. LLM dissertation, University of Pretoria, Pretoria.
- KAYITESI, Zainabo S. 2012. **Working Group on Death Penalty and Extra-Judicial, Summary or Arbitrary killings in Africa**. Disponible en: <<http://www.achpr.org/sessions/51st/inter-session-activity-reports/zainabo-sylvie-kayitesi/>>. Visitado en: Mayo 2013.
- KELSY, Francis W. **The Classics of International law**. Oxford: Clarendon Press. p. 526-529.
- MURRAY, Rachel. 2004. **Human Rights in Africa: from OAU to African Union**. Cambridge: Cambridge University Press. p. 7-30.
- NOVAK, Andrew. 2008. Guilty of murder with extenuating circumstances: transparency and the mandatory death penalty in Botswana. *Boston University International Law Journal*, v. 27, p 174-204. Disponible en: <<http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/international/volume27n1/documents/Novak.pdf>>. Visitado en: Mayo 2013.
- ORGANIZATION OF AFRICAN UNITY (OAU). 1982. **African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights**. OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982). Disponible en: <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b3630.html>>. Visitado en: Mayo 2013.
- PENZIO, C. 1992. Death Penalty under international law. *Chicago Law review*, n. 63.
- PITSE, Reuben. 2010. **DPP asks Khama to reconsider decision on extradited murder suspects**. Disponible en: <<http://www.sundaystandard.info/article.php?NewsID=7943&GroupID=1>>. Visitado en: Mayo 2013.
- PLACHTA, Michael. 2001. Contemporary problems of extradition: human rights, grounds for refusal and the principle aut dedere aut iudicare. In: INTERNATIONAL TRAINING COURSE VISITING EXPERTS' PAPERS 1, 114th. Disponible en: <http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no57/57-07.pdf>. Visitado en: Mayo 2013.

- PROKOSCH, Eric. 2004. 'The Death Penalty versus Human Rights'. In: COUNCIL OF EUROPE. **Death Penalty: Beyond Abolition**. Strasbourg: Council of Europe, 2004.
- RODLEY, Sir Nigel. 2004. The United Nation's work in the field of the death penalty'. In: COUNCIL OF EUROPE. **Death Penalty: Beyond Abolition**. Strasbourg: Council of Europe, 2004. p. 125-157.
- ROTHENBERG, Laurence E. 2004. International Law, US Sovereignty and the Death Penalty'. **Georgetown Journal of International Law**, Georgetown University Law Center, v. 35, n. 3, p. 547-596, Spring.
- SCHABAS, William A. 1993. **The Abolition of the Death Penalty in International Law**. Cambridge, England: Grotius Publications.
- _____. 2002. **The Abolition of the Death Penalty in International Law**. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- _____. 2003. The Abolition of Capital Punishment from an International Law Perspective. In: INTERNATIONAL CONFERENCE FOR 'CONVERGENCE OF CRIMINAL JUSTICE SYSTEMS, 17th. International Society for the Reform of Criminal Law – Bridging the Gaps', The Hague, 24-28 August 2003. Disponible en: <<http://www.isrcl.org/Papers/Schabas.pdf>>. Visitado en: Mayo 2013.
- SCHACHTER, Oscar. 1983. Human Dignity as a Normative Concept. **American Journal of International Law**, v. 77, p. 848-854.
- SEPULVEDA, Magdalena et al. 2004. **Human Rights Reference Handbook**. 3th ed. Colon, Costa Rica: University for Peace.
- SHEA, Michael P. 1992. Expanding Judicial Scrutiny of human rights in extradition cases after Soering. **Yale Journal of Internal Law**, year 17, n. 1, p. 85-138.
- SOUTH AFRICA. 1996. **Constitution of South Africa**, Laws of South Africa.
- _____. 2002. **Act 27 of 2002**, Rome Statute of the International Criminal Court Act.
- _____. 2004. **Act 12 of 2004**, Prevention and Combating of Corrupt Activities Act.
- SOUTHERN AFRICAN DEVELOPMENT COMMUNITY (SADC). 2006. **Protocol on Extradition**. Disponible en: <http://www.sadc.int/files/3513/5292/8371/Protocol_on_Extradition.pdf>. Visitado en: Mayo 2013.
- TSHOSA, Onkemtese. 2001. National Law and International Human Rights law, Cases of Botswana Namibia and Zimbabwe. Aldershot, England; Burlington, Vermont: Ashgate Publishing.
- VAN DEN WYNGAERT, Christine. 1990. Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandoras Box? **International and Comparative Law Quarterly** 757.
- YAZAMI, Driss El. 2008. Death penalty, and freedom and dignity of human being'. In: SEMINAR ON THE DEATH PENALTY, October 11-12. Disponible en: <<http://www.ccdh.org.ma/spip.php?article936>>. Visitado en: Mayo 2013.

Jurisprudencia

- AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE'S RIGHTS. 2003.
Interights et al. (on behalf of Mariette Sonjaleen Bosch) v. Botswana,
 Communication No. 240 of 2001.
- BOTSWANA. 1990. High Court. **State v. Kobedi**, BLR 1990 HC 458.
- _____. 1992. Court of Appeal. **Attorney General v. Dow**, BLR 1992 CA 119.
- _____. 1995. Court of Appeal. **Molale v. The State**, BLR 1995 CA 146.
- _____. 2004. Industrial Court. **Lemo v. Northern Air Maintenance (Pty) Ltd**, BLR 2004 IC 317.
- _____. 2007. Court of Appeal. **Ntesang v. The State**, BLR 2007 v.1 CA 387.
- CANADA. 2001. Court of Appeal. **Canada (Minister of Justice) v. Burns & Another**, SCC 7, 2001 LRC 19.
- EUROPEAN COURT of HUMAN RIGHTS. 1989. **Soering v. United Kingdom**, Eur. Ct H.R. 1989 ser. A 161.
- _____. 2003. **Öcalan v. Turkey**, Eur. Ct. H.R. Appeal Case No. 46221/99), 2003.
- HUMAN RIGHTS COMMITTEE. 1993a. **Kindler v. Canada**, Communication No. 470/1991, U.N. Doc. CCPR/C/48/D/470/1991 (1993).
- _____. 1993b. **Ng v. Canada**, Communication No. 469/1991, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991 (1994).
- _____. 2003. Superior Court of Québec. **Judge v. Canada, Merits**, Communication No 829/1998, UN Doc. CCPR/C/78/D/829/1998.
- ITALY. Constitutional Court. 1996. **Venezia v. Ministero di Grazia & Giustizia, Corte coste**, 27 June 1996, **Rivista di Diritto Internazionale**, v. 79, n. 223, p. 815.
- NORWAY. 1946. Supreme Court of Norway. **Prosecutor v. Klinge**, 13 Ann Dig 262
- SOUTH AFRICA. 1948. Appellate Division. **Rex v. Fundakubi**, SA 1948 v.3 AD 810.
- _____. 1995. Constitutional Court. **State v. Makwanyane**, SA 1995 v.3 CC 391.
- _____. 2001. Constitutional Court. **Mohamed and Another v. President of the RSA and Others**, SA 2001 v.3 CC 893.
- _____. 2011. Free State High Court. **Aberto Makwakwa & Others v. The State**, 2011 ZAFSHC 27 Appeal no. A294/10.
- _____. 2012. Constitutional Court. **Minister of Home Affairs & Others v. Emmanuel Tsebe & Others**, SA 2012 CCT 110/11 ZACC 16.
- UNITED KINGDOM. Privy Council. 1979. **Abbot v. Attorney General of Trinidad and Tobago**, W.L.R PC 1342.
- UNITED STATES. 1895. Supreme Court. **Hilton v. Guyot**, US 1895 SC 133.
- _____. 1980. District Court for the Easter District of New York. **Filartiga v. Penarala**, 630 F.2d 876, 1980, 880.
- ZIMBABWE. 1993. Supreme Court. **Catholic Commission for Justice and Peace in Zimbabwe**, SA 1993 v.4 SALR 239.

NOTAS

1. En Sudáfrica, la pena de muerte fue abolida por la Corte Constitucional en el caso fundamental y bien conocido de *The State v. Makwanyane* (SOUTH AFRICA, 1995, 3 SA 391 (CC)). Al declarar inconstitucional la pena de muerte, Chaskalson P señaló en el párrafo 144 de la sentencia que, al comprometerse con el valor de los derechos humanos, se requería a la sociedad sudafricana que concediera una importancia especial a los derechos a la vida y a la dignidad y añadió que "eso debía ser demostrado por el Estado en todos sus actos" (SOUTH AFRICA, 1995, 451C-D).
2. Un Estado retencionista es un Estado que mantiene la pena de muerte como sentencia aplicable a ciertos delitos en su legislación.
3. El término *circunstancias atenuantes* es un término vago cuyo significado abarca un amplio abanico de factores. En *Rex v. Fundakubi* (SOUTH AFRICA, 1948, p. 818), el tribunal observó que "ningún factor, por remoto que sea o por débil o indirecta que sea su relación con la comisión de un delito, que lleve a la culpabilidad moral del acusado en su acto, puede descartarse en su consideración". Factores tales como la provocación, la embriaguez, la juventud, la brujería y otros han sido considerados por los tribunales como circunstancias atenuantes.
4. Este instrumento fue firmado en Ginebra, el 27 de julio de 1929.
5. Sin embargo, en 1979 la pena de muerte fue abolida posteriormente en Noruega para todos los delitos.
6. En este sentido, el artículo 6(2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) resulta ilustrativo. Afirma que los países que no hayan abolido la pena de muerte solo deberán aplicarla para los delitos más graves según la ley, de una manera que no sea incompatible con las disposiciones del Pacto y en cumplimiento de una sentencia de un tribunal competente. El Segundo Protocolo Facultativo del Pacto (1991) afirma que la abolición de la pena de muerte contribuye a elevar la dignidad humana y a desarrollar progresivamente los derechos humanos.
7. El artículo 2(1) reconoce explícitamente la pena de muerte.
8. Son Angola, Mauricio, Mozambique, Namibia, Seychelles y Sudáfrica.
9. Entre ellos están Malawi, Suazilandia y Zambia. La última ejecución en Malawi fue en 1992, en Suazilandia en 1983 y en Zambia en 1999.
10. Eran España, Países Bajos, Brasil, Reino Unido, Italia, Canadá, Australia, la Santa Sede, Irlanda y Dinamarca.
11. El Sr. Tsebe murió antes de la conclusión de la causa.
12. Se trata de la agencia de inteligencia criminal de la Unión Europea. Empezó a funcionar plenamente el 1 de julio de 1999.
13. Es una organización que facilita la cooperación policial internacional. Se estableció como Comisión Internacional de Policía Criminal (CIPC) en 1923 y adoptó su nombre abreviado como denominación común en 1956.
14. Véase también el apartado 203 del Código Penal de Botsuana (1964), que tiene esencialmente el mismo efecto.
15. La constitucionalidad de la pena de muerte en Botsuana se ha declarado en una larga lista de asuntos, tales como: *Molale v. The State* (BOTSWANA, 1995); *Ntesang v. The State* (BOTSWANA, 2007), etc.
16. Disposiciones de la convención contra la tortura prohíben la tortura en su totalidad, en todas sus manifestaciones.
17. Sin embargo, hay división de opiniones en este punto. En contra de la opinión expresada anteriormente, véase *Abbot v. Attorney General of Trinidad and Tobago* (UNITED KINGDOM, 1979), en que el tribunal afirmó que el tiempo pasado antes de la ejecución nunca puede considerarse como base para fallar que un recluso en el corredor de la muerte haya sido tratado de manera degradante o inhumana.
18. El fenómeno del corredor de la muerte se refiere a: "el trato inhumano que resulta de condiciones especiales en el corredor de la muerte y, a menudo, de una prolongada espera para las ejecuciones, o cuando la ejecución se lleva a cabo de tal forma que causa un sufrimiento innecesario" (véase SCHABAS, 1993, p. 127).

ABSTRACT

The procedure of extradition has not escaped restraints placed by human rights law on states in their dealings with the liberties of individuals. This is because human rights notions are considered to be part of the public order of the international community and as such enjoy a superior relational position to treaty obligations. One of the principal norms that have been adopted in extradition treaties concerns the death penalty. This paper discusses this norm within the context of South Africa, an abolitionist State, and Botswana, a retentionist one. Extraditions where the death penalty is involved have caused a diplomatic controversy between the two countries, with South Africa insisting that Botswana must furnish it with satisfactory assurance that the death penalty will not be imposed on the extraditee, or that if imposed, it will not be carried out. Botswana is on record declining to give such assurances. Thus, an impasse has developed between the two countries in this regard. This article offers reflections on the extradition regime between the two countries with specific reference to the death penalty in the light of the present stand-off. It argues that the position adopted by South Africa in insisting upon assurances is in line with international best standards and practice and that Botswana must acquiesce to this demand.

KEYWORDS

Death penalty – Right to life – Extradition – Botswana – South Africa

RESUMO

Procedimentos de extradição não estão imunes às restrições impostas aos Estados pelo direito internacional de direitos humanos em questões de liberdades individuais. Isso ocorre porque noções fundamentais de direitos humanos compõem a ordem pública da comunidade internacional e, como tal, possuem primazia em relação a obrigações decorrentes de tratados. Uma das principais normas adotadas em tratados de extradição diz respeito à pena de morte. Este artigo discute tal norma no contexto da África do Sul, um Estado de viés abolicionista, e Botsuana, retencionista. Extradições envolvendo pena de morte têm gerado tensões diplomáticas entre os dois países; uma vez que a África do Sul insiste que Botsuana deve garantir de maneira satisfatória que a pena de morte não será imposta ao extraditando ou, caso o seja, não será de fato executada. Botsuana tem se recusado a conceder tal garantia. Isso tem levado a um impasse entre estes dois países nesta seara. Este artigo analisa o regime de extradição entre os dois países, referindo-se especificamente à pena de morte à luz do presente impasse. Argumenta-se, neste artigo, que a posição adotada pela África do Sul está de acordo com os melhores parâmetros e práticas sobre o tema e que Botsuana deve acatar as reivindicações da África do Sul.

PALAVRAS-CHAVE

Pena de morte – Direito à vida – Extradição – Botsuana – África do Sul



ANTONIO MOREIRA MAUÉS

Antonio Moreira Maués es profesor asociado de la Universidad Federal de Pará (Brasil) e investigador del Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico. También es doctor en Derecho por la Universidad de São Paulo (1998) y posee un máster en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Rio de Janeiro (1992).

Email: ammaues@uol.com.br

RESUMEN

En diciembre de 2008, al juzgar varias causas en torno a la prisión civil del depositario infiel, el Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF) cambió su concepción sobre el nivel jerárquico de los tratados internacionales de derechos humanos en la legislación brasileña, pasando a adoptar la tesis de la supralegalidad. Este artículo analiza las posibles repercusiones de ese cambio sobre la interpretación constitucional llevada a cabo en Brasil, examinando de qué manera el STF ha aplicado la teoría de supralegalidad y de qué forma el nivel jerárquico de los tratados de derechos humanos influye, en otros países, sobre su uso en la interpretación de la Constitución. Este trabajo concluye que la supralegalidad permite construir argumentos que favorezcan la utilización de los tratados de derechos humanos como parámetro de interpretación constitucional en el derecho brasileño.

Original en portugués. Traducido por Fernando Campos Leza

Recibido en agosto de 2012. Aceptado en abril de 2013.

PALABRAS CLAVE

Tratados internacionales de derechos humanos – Supralegalidad – Supremo Tribunal Federal



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

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

SUPRALEGALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Antonio Moreira Maués*

1 Introducción

En diciembre de 2008, el Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF) concluyó el juicio de una serie de casos¹ que cambiaron significativamente su concepción del nivel jerárquico de los tratados internacionales de derechos humanos en la legislación brasileña. Aunque el artículo 5, párrafo 2.º de la Constitución brasileña de 1988² innovó al prever la incorporación de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, el STF mantuvo la jurisprudencia elaborada bajo el régimen de la Constitución de 1969, según la cual los tratados poseían el mismo nivel jerárquico que las leyes ordinarias. La adopción de esa concepción por parte del STF no estuvo exenta de críticas, ya que varios autores, interpretando la citada disposición constitucional, defendían que los tratados de derechos humanos tenían carácter constitucional (CANÇADO TRINDADE, 1996; PIOVESAN, 1997) o incluso supraconstitucional (MELLO, 1999).

Los casos que condujeron a esa nueva orientación del STF se referían a la prisión civil del depositario infiel, prevista en el artículo 5.º, LXVII de la Constitución de 1988,³ que contrastaba con el artículo 7.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), según el cual solo se puede decretar prisión por incumplimientos de deberes alimentarios.⁴ Durante años el STF consideró que la disposición constitucional no había sido afectada por la ratificación de la CADH por Brasil en 1992, lo cual mantenía la vigencia de las normas infraconstitucionales que regulaban ese tipo de prisión. En la actualidad

*Agradezco a Coordinación de Perfeccionamiento del Personal de Nivel Superior (sus siglas en portugués CAPES) por el apoyo para la realización de la pasantía senior juntamente con la Universidad de Essex, durante la cual fue realizada la investigación presentada. Ese período de estudios no habría sido posible sin el incentivo del Prof. Kevin Boyle, a cuya memoria dedico este trabajo.

el STF considera que la prisión civil del depositario infiel es *ilícita*, y ha emitido un boletín de jurisprudencia vinculante sobre el tema.⁵

La conclusión de la decisión paradigmática del STF en el Recurso Extraordinario (RE) n.º 466.343, tomada por unanimidad, nos ayuda a entender las razones de ese cambio:

PRISIÓN CIVIL. Depósito. Depositario infiel. Alienación fiduciaria. Resolución de la medida coercitiva. Inadmisibilidad absoluta. Insubsistencia de la disposición constitucional y de las normas subalternas. Interpretación del artículo 5º, Inc. LXVII y párrafos 1º, 2º y 3º de la Constitución Federal, a la luz del artículo 7º, párrafo 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica). Recurso denegado. Veredicto conjunto del RE n.º 349.703 y HC n.º 87.585 y N.º 92.566. Es ilícita la prisión civil del depositario infiel, sea cual sea la modalidad de depósito.

Se observa que para que el STF decidiera rechazar la posibilidad de prisión del depositario infiel fue necesario modificar la concepción sobre el nivel jerárquico de los tratados internacionales de derechos humanos en Brasil, a fin de que las disposiciones constitucionales e infraconstitucionales pudieran ser interpretadas *a la luz* de la CADH. Si examinamos los votos de los ministros, podemos identificar dos teorías que fundamentan esa nueva interpretación: para la mayoría, los tratados de derechos humanos pasan a tener un estatus normativo supralegal, permaneciendo en un nivel jerárquico inferior a la Constitución, aunque superior a las demás leyes; para la minoría, debe ser reconocida la posición jerárquica constitucional de esos tratados, los cuales pasan a formar, junto con el texto constitucional, el bloque de constitucionalidad.⁶

El hecho de que la decisión sobre la prisión del depositario infiel haya sido tomada por unanimidad no le resta interés al análisis de sus fundamentos, pues constituye un precedente que debe regir decisiones futuras sobre la aplicación de los tratados de derechos humanos.⁷ Por esa razón, la nueva concepción ha llamado la atención de la doctrina, que apunta a la necesidad de que el STF lleve a cabo un *diálogo* con otros tribunales, especialmente con la Corte Interamericana (RAMOS, 2009; SILVA, 2010) o ejerza el control de convencionalidad de las leyes (CAMPOS; BASTOS JUNIOR, 2011; MAZZUOLI, 2011). En este trabajo, pretendemos analizar los cambios que la supralegalidad puede provocar en el campo de la interpretación de la propia Constitución, buscando explorar de qué forma puede esa tesis aplicarse de manera más coherente con la protección de los derechos humanos en Brasil. Con ese objetivo, el trabajo se divide en tres partes. En la primera sección presentaremos un análisis de la decisión del STF en el caso de la prisión del depositario infiel, para comprender el significado de la categoría de la supralegalidad, seguida de una investigación exploratoria que busca identificar de qué modo la adopción de esa tesis viene influyendo sobre la jurisprudencia del Tribunal. En la siguiente sección, examinaremos, sobre la base del estudio de otros ordenamientos jurídicos, de qué forma el nivel jerárquico de los tratados de derechos humanos condiciona su uso en la interpretación de la Constitución. En la última sección, presentaremos argumentos a favor del uso de los tratados de derechos humanos como parámetros de interpretación constitucional en el derecho brasileño.

2 El significado de la suprallegalidad

Antes de 1988, el STF había aprobado la concepción, en el veredicto del RE n.º 80.004 (J. 01/06/1977) de que los tratados internacionales se incorporan al derecho interno al mismo nivel que tienen las leyes, pudiendo ser revocados por ley posterior o dejar de ser aplicados en favor de una ley específica. La necesidad de una construcción pretoriana sobre la cuestión también se debe al silencio de la Constitución sobre la recepción de los tratados internacionales y sus efectos en el derecho interno, puesto que las normas constitucionales sobre el asunto se limitan a tratar del proceso de celebración y aprobación de tratados (DALLARI, 2003, p. 46).

El hecho de que los fallos del STF sobre la materia no se referían a los derechos humanos y la inédita mención a los tratados hecha por el artículo 5.º, párrafo 2.º de la Constitución de 1988, creó la expectativa de que la ratificación de esos instrumentos internacionales por parte de Brasil provocaría un cambio en la concepción del STF. Pero eso no ocurrió: en el veredicto de la acción directa de inconstitucionalidad (ADIn) n.º 1.347 (J. 05/10/1995), el STF rechazó la utilización de los tratados internacionales como parámetro de control de constitucionalidad, negando que los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) pudieran fundamentar la declaración de inconstitucionalidad de la orden ministerial del Ministerio de Trabajo; y en la ADIn n.º 1.480 (J. 04/09/1997), el Tribunal reafirmó que los tratados internacionales no solo están subordinados a la Constitución, sino que también se sitúan en el mismo plano de validez, eficacia y autoridad que las leyes ordinarias (GALINDO, 2002, p. 215-217; MAUÉS, 2008, p. 297-298).

Sin embargo, el caso del depositario infiel planteaba un problema diferente. Ratificada por Brasil en 1992, la CADH era *lex posterior* en relación con los dispositivos legales que regulaban esa modalidad de prisión civil. Pese a ello, el STF consolidó la concepción de que, además de no poder contraponerse a la autorización constitucional, la CADH, por ser una norma infraconstitucional general, debería ser dejada de lado en favor de las normas constitucionales especiales sobre prisión civil.⁸

Esa jurisprudencia explica, en parte, el pequeño impacto en el derecho interno de la ratificación brasileña de los tratados de derechos humanos, muy poco utilizados por el poder judicial nacional. Colocados en el mismo nivel que las leyes ordinarias y sujetos a la cláusula de la especialidad, los tratados internacionales de derechos humanos no parecían ofrecer una buena base para argumentar en juicio.⁹

El tiempo transcurrido entre esas decisiones y las que fueron tomadas en diciembre de 2008 estuvo marcado por algunos cambios que condujeron al STF a reevaluar su jurisprudencia.¹⁰ Entre ellos destaca la promulgación de la Enmienda Constitucional n.º 45, que añadió tres importantes disposiciones sobre derechos humanos: la previsión de incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos con estatus de enmiendas constitucionales, siempre y cuando fueran aprobados por el mismo quórum exigido para esas;¹¹ la constitucionalización de la adhesión de Brasil al Tribunal Penal Internacional;¹² y la creación del incidente de desplazamiento de competencia para la justicia federal en los casos de violación grave de los derechos humanos.¹³ Aunque traten de temas distintos,

las innovaciones de la EC n.º 45 tenían en común la valorización constitucional del derecho internacional de los derechos humanos, mediante la posibilidad expresa de atribución de nivel constitucional a los tratados en la materia, del sometimiento del país a la jurisdicción penal internacional y de la creación de nuevos instrumentos para cumplir con las obligaciones del Estado brasileño en lo referente a la protección de los derechos humanos.

El sentido de esos cambios también fue reconocido por el STF. Así, el ministro Gilmar Mendes afirma, en su voto en el RE n.º 466.343, que la inclusión del párrafo 3.º del artículo 5.º “acabó por destacar el carácter especial de los tratados de derechos humanos en relación con los demás tratados de reciprocidad entre los Estados pactantes, confiriéndoles un lugar privilegiado en el ordenamiento jurídico” (BRASIL. 2008b, p. 1.144), lo que indicaba la insuficiencia de la tesis de la legalidad ordinaria de esos tratados y el desfase de la jurisprudencia del STF. En sentido opuesto, el ministro Celso de Mello destacaba que la EC n.º 45:

introdujo un dato jurídicamente relevante, apto para viabilizar la reelaboración, por esta Suprema Corte, de su visión en torno a la posición jurídica de que los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos asumen en el plano del ordenamiento positivo nacional de Brasil.

(BRASIL. 2008b, p. 1.262).

El punto en común, compartido por todos los ministros sin excepción, de que el STF debería reconocer una posición privilegiada a las normas internacionales de protección de los derechos humanos, no suprimía la polémica sobre su nivel jerárquico. Superada la tesis de la legalidad ordinaria de los tratados de derechos humanos, y sin que ningún miembro del STF defendiera la tesis de la supraconstitucionalidad, hubo dos orientaciones en disputa sobre la concepción del STF.

Para la minoría, representada por el voto del ministro Celso de Mello, los tratados de derechos humanos tenían un carácter “materialmente constitucional”, aunque hubieran sido aprobados antes de la EC n.º 45, y formaban parte del “bloque de constitucionalidad”. Así, el novedoso párrafo 3.º del artículo 5.º, al atribuir formalmente jerarquía constitucional a los tratados aprobados con base en él, no habría retirado la jerarquía constitucional material de los tratados ratificados anteriormente, reconocida con base en el deber del Estado de:

E respetar y promover la realización efectiva de los derechos garantizados por las constituciones de los Estados nacionales y asegurados por las declaraciones internacionales, con el fin de permitir la práctica de un constitucionalismo abierto al proceso de creciente internacionalización de los derechos básicos de la persona humana.

(BRASIL. 2008b, p. 1.217-1.218).

De esa forma, el párrafo 3.º habría reforzado la constitucionalidad de los tratados de derechos humanos, puesto que no sería razonable situar en niveles jerárquicos distintos tratados sobre la misma materia.

Sin embargo, la posición adoptada por la mayoría del STF fue la tesis de la supralegalidad. Entre las razones presentadas en favor de esa decisión, podemos destacar:

- a) la supremacía formal y material de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico, materializada en la posibilidad de control de constitucionalidad incluso de las leyes internacionales;¹⁴
- b) el riesgo de una ampliación inadecuada de la expresión "derechos humanos", que permitiría una producción normativa ajena al control de su compatibilidad con el orden constitucional interno;
- c) la concepción de que la inclusión del párrafo 3.º del artículo 5.º implicó reconocer que los tratados ratificados por Brasil antes de la EC n.º 45 no pueden compararse con las normas constitucionales.

Pese a ello, la tendencia contemporánea del constitucionalismo mundial de valorar las normas internacionales destinadas a la protección de los derechos humanos, la evolución del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los principios del derecho internacional sobre el cumplimiento de las obligaciones internacionales ya no permitían el mantenimiento de la tesis de la legalidad, surgiendo la supralegalidad como una solución que vendría a compatibilizar la jurisprudencia del STF con esos cambios, sin los problemas que se derivarían de la tesis de la constitucionalidad. Así, los tratados de derechos humanos pasan a paralizar la eficacia jurídica de cualquier disciplina normativa infraconstitucional en contradicción con ellos.

El hecho de que, a pesar de las distintas fundamentaciones, todos los ministros del STF estuvieron de acuerdo sobre la ilegalidad de la prisión del depositario infiel demuestra que, en muchos casos, la opción por la tesis de la constitucionalidad o de la supralegalidad no conducirá a decisiones diferentes. No obstante, una consecuencia de la tesis de la supralegalidad es negar que los tratados de derechos humanos puedan servir de parámetro de control de constitucionalidad, es decir, que tales tratados no integran el conjunto de disposiciones con base en las cuales se analiza la constitucionalidad de las leyes y otros actos normativos (CRUZ VILLALÓN, 1987, p. 39-41). De manera contraria, la adopción de la tesis de la constitucionalidad permitiría accionar los mecanismos de control de constitucionalidad para controlar la validez de las leyes no solo ante la Constitución, sino también en relación con los tratados de derechos humanos.

A pesar de esa diferencia, un examen más cuidadoso de los fundamentos de la decisión del STF demuestra que hay una gran proximidad entre ambas tesis. Al decidir en torno a los casos que implicaban la prisión del depositario infiel, el STF no solo interpretó la legislación infraconstitucional para compatibilizarla con la CADH, sino que interpretó la propia Constitución con base en ese tratado. Debido a la adopción de la tesis de la supralegalidad, se vació de fuerza normativa la disposición constitucional que prevé la prisión del depositario infiel: considerando que esa figura está sujeta a la regulación legal para tener plena eficacia, lo que el

STF hizo al prohibir que el legislador ordinario decida sobre la materia fue impedir que la norma constitucional sea aplicada, salvo en la hipótesis, casi fantásica, de que fuera aprobado por enmienda constitucional el contenido de las normas que tratan de este dispositivo, hoy constantes en la legislación civil y procesal civil. Incluso en ese último caso, tal enmienda constitucional estaría sujeta a la revisión con base en el principio de la prohibición del retroceso. Teniendo en cuenta que el legislador no puede regular el dispositivo de la prisión civil sin ir contra la CADH, que es jerárquicamente superior a las leyes, esa regulación se convirtió en jurídicamente imposible, tal como ejemplifica el propio boletín de jurisprudencia vinculante n.º 25.¹⁵

Esa limitación de competencia del legislador ordinario implica que el STF modificó la interpretación del dispositivo constitucional, restringiendo el alcance de la excepción en él prevista. La disposición que trata de la prisión del depositario infiel dejó de ser interpretada como una norma que obligaba al legislador a regular el dispositivo y ni siquiera pasó a interpretarse como una norma que le faculta para esa competencia, ya que el legislador no podrá ejercerla mientras esté en vigor la CADH en Brasil. Así, podemos decir que el STF reinterpretó la Constitución y estableció una norma que impide al legislador ordinario regular tal dispositivo. Por esas razones, vemos que la expresión usada en la susodicha conclusión de la decisión es adecuada no solo la legislación ordinaria, sino la propia Constitución fue interpretada *a la luz* de la CADH.

El análisis de la decisión del caso del depositario infiel pone de manifiesto que, a pesar de las diferencias entre la tesis de la constitucionalidad y la de la supralegalidad, ambas hipótesis abren la posibilidad de que la Constitución —y no solo las leyes infraconstitucionales— se interprete de manera compatible con los tratados internacionales de derechos humanos. ¿Sería esa decisión un caso aislado? El examen de la jurisprudencia del Tribunal muestra que incluso antes del año 2008 ya empezaba a manifestarse una nueva orientación que confería mayor fuerza normativa a los tratados internacionales de derechos humanos. A partir de la adopción de la tesis de la supralegalidad, observamos que esos precedentes se consolidan y nuevos precedentes se establecen, utilizando los tratados de derechos humanos, especialmente la CADH, para interpretar la Constitución, tal como veremos en los casos siguientes:

- a) según el artículo 7.2 de la CADH: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. Dicha disposición ha sido utilizada por el STF en la interpretación del principio de presunción de inocencia (artículo 5.º, LVII) en casos que envuelven el derecho del condenado a recurrir en libertad. En el HC n.º 99.891 (J. 15/09/2009), el STF concedió la orden contra una decisión del STJ que había mantenido la ejecución de la pena tras atender la garantía de la doble instancia. Ratificando que el Tribunal no reconoce la posibilidad constitucional de ejecución provisional de la pena, teniendo en cuenta la presunción de inocencia, el alcance de esta se establece en los contornos de la CADH, para reconocer que ella no garantiza

al condenado el derecho de recurrir siempre en libertad, puesto que compete a cada sistema jurídico establecer, por ley, los casos de prisión preventiva. En el derecho brasileño, eso implica el reconocimiento de la excepcionalidad de la prisión preventiva, que debe atender a los requisitos del artículo 312 del Código Procesal Penal y a las razones justificativas de su absoluta necesidad;¹⁶

- b) la Enmienda Constitucional n.º 45 incluyó el derecho a la razonable duración del proceso (artículo 5.º, LXXVIII) entre las garantías fundamentales, un derecho reconocido igualmente, de modo más específico, en los artículos 7.5 y 7.6 de la CADH:

Artículo 7 (...) 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales (...).

Antes mismo de la adopción de la tesis de la supralegalidad, el STF pasó a utilizar tales disposiciones de la CADH junto con la previsión constitucional de la duración razonable del proceso para decidir a favor de la exención de la prisión preventiva por exceso de plazo. En el HC n.º 85.237 (J. 17/03/2005), citado como precedente en otras decisiones, el ministro Celso de Mello ya había afirmado la importancia de la CADH como parámetro para resolver la *tensión* entre la pretensión punitiva del poder público y la aspiración a la libertad, lo cual se mantuvo en decisiones posteriores;¹⁷

- c) en el ámbito de las garantías judiciales, la CADH reconoce varios derechos:

Artículo 8.2.b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada, Artículo 8.2.d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor, Artículo 8.2.f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, Artículo 8.2.h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Tales disposiciones han sido utilizadas por el STF para interpretar las garantías constitucionales del contradictorio y de la amplia defensa (artículo 5.º, LV), reconociendo, entre los *medios* inherentes a ella, que no es apta la denuncia que no obedece a los patrones previstos en la CADH;¹⁸ que el inculpado tiene derecho, aunque esté arrestado, a comparecer, asistir y presenciar los actos procesales;¹⁹ que la ausencia de citación personal del reo puede acarrear la nulidad del proceso pues hace imposible ejercer el derecho a la autodefensa y el derecho de escoger libremente

el defensor, previstos en la CADH;²⁰ y que no fue recogido por la Constitución el artículo 594 del Código Procesal Penal, que establecía el ingreso del reo en prisión como condición para el recurso de apelación, entre otras razones porque no respetaba el principio de la doble instancia, previsto en la CADH;²¹

d) la CADH contiene dos importantes disposiciones sobre la libertad de expresión:

Artículo 13.1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

En el veredicto del RE n.º 511.961 (J. 17/06/2009), el STF decidió que no fuera recogida en la Constitución de 1988 la exigencia de diploma de curso superior para el ejercicio de la profesión de periodista, prevista en el artículo 4.º, inciso V, del Decreto-Ley n.º 972/1969. En los fundamentos de la decisión, el Tribunal hace un amplio uso de la CADH, incluso recurriendo a la Opinión Consultiva n.º 5 de la Corte Interamericana y a decisiones de la Comisión Interamericana, destacando que la interpretación del Tribunal se ajustaba a la del sistema interamericano. Así, el STF interpreta las normas constitucionales referentes a la libertad de expresión y a la libertad de ejercicio profesional en el mismo sentido, considerando el ejercicio del periodismo como manifestación de la libertad de expresión.

Ese conjunto de decisiones demuestra que la jurisprudencia del STF comienza a emplear de manera más constante los tratados de derechos humanos para interpretar no solo la legislación infraconstitucional, sino la propia Constitución. Por ende, se verifica que la adopción de la tesis de la supralegalidad permite ir más allá de la necesidad de examinar la compatibilidad de las leyes con los tratados internacionales. A fin de comprender de qué manera el nivel jerárquico de los tratados de derechos humanos influye en la interpretación de la Constitución, merece la pena recurrir a la experiencia de otros países.

3 Experiencias comparadas

En la sección anterior hemos visto que el debate llevado a cabo en los últimos años por el STF tuvo como eje la definición del nivel jerárquico de los tratados internacionales de derechos humanos en Brasil. Aunque la adopción de la tesis de la supralegalidad haya acarreado cambios en la jurisprudencia del STF que no serían posibles con el mantenimiento de la tesis de la legalidad, observamos que numerosas decisiones del Tribunal se acercan a la tesis de la constitucionalidad en lo que se refiere a la interpretación de los dispositivos constitucionales junto con los tratados de derechos humanos, buscando su compatibilización. Eso nos lleva a pensar que el nivel jerárquico

de esos tratados no es la única variable que ayuda a entender su impacto en el derecho interno, tal como podemos observar en la experiencia de otros países.

En el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), un estudio realizado en 18 países (KELLER; STONE SWEET, 2008), demuestra que todos ellos pasaron por cambios estructurales en sus sistemas constitucionales derivados de la recepción de la CEDH. Entre los más significativos, se encuentran la posibilidad de que los jueces ejerzan el control de la constitucionalidad de las leyes sobre la base de la CEDH; el desarrollo de un sistema monista, en el que se hace referencia al Convenio, en países tradicionalmente dualistas; y la modificación de las visiones tradicionales de separación de poderes en cuanto al papel del Poder Judicial.

Aunque esos cambios resulten de múltiples factores, uno de los elementos centrales del proceso fue la incorporación del CEDH al derecho interno, lo cual tiene como efecto la vinculación de los poderes públicos y la posibilidad de que los jueces pasen a aplicar directamente el Convenio. En lo referente al nivel jerárquico, el estudio indica la importancia de que se le reconozca al CEDH al menos un estatus suprallegal, a fin de que pueda estar protegido frente a leyes ordinarias posteriores. Sin embargo, la extensión del uso del CEDH por los tribunales nacionales no depende solo de su nivel jerárquico, sino también de la manera en que los tribunales utilizan el Convenio para interpretar la constitución, tal como demuestra la experiencia de tres países que no reconocen nivel constitucional a los tratados de derechos humanos.

En España, la Constitución de 1978 establece que todos los tratados internacionales están subordinados a ella y confiere al Tribunal Constitucional la competencia para ejercer tanto el control previo como el sucesivo acerca de su constitucionalidad (GÓMEZ FERNÁNDEZ, 2004). A la vez, la Constitución define, en su artículo 96.1, que los tratados que se incorporan al derecho interno solamente podrán ser modificados de acuerdo con sus propias normas o con las normas generales del derecho internacional, lo que les protege de cualquier modificación o derogación que podría derivarse de la legislación ordinaria.

Igualmente importante que esas disposiciones para entender el papel de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento español resulta el artículo 10.2, según el cual:

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

En la aplicación de esa regla, el Tribunal Constitucional de España (TCE) desarrolló una jurisprudencia que obliga a todos los poderes públicos a interpretar los derechos constitucionales de acuerdo con los tratados de derechos humanos. De esa forma, el TCE pasó a concretar el contenido de los derechos declarados en la Constitución con base en los tratados internacionales, reconociendo como fundamentales ciertas facultades no explicitadas en ella, una tarea en la cual también se utiliza la jurisprudencia producida por los organismos internacionales. Así, aunque los

tratados de derechos humanos no posean el estatus de normas constitucionales en el ordenamiento español, lo que significa que no pueden servir de canon autónomo de la validez de las normas, se convierten en parámetros interpretativos de la propia Constitución (QUERALT JIMÉNEZ, 2008; SAIZ ARNAIZ. 2011).

Aunque no cuente con una disposición constitucional semejante a la española, Alemania también es un ejemplo del uso de tratados internacionales en la interpretación de la Constitución. En ese país, de tradición dualista, se exige un acto específico del Parlamento para que los tratados internacionales entren en vigor internamente, lo que hace que los tratados de derechos humanos sean incorporados como leyes federales ordinarias. Eso significa que no posean protección frente a leyes federales posteriores, que, por estar en el mismo nivel jerárquico, implicarían la derogación de sus disposiciones por el principio de que una ley posterior deroga la anterior (ABDELGAWAD; WEBER, 2008, p. 117-118; MÜLLER; RICHTER, 2008, p. 165).

A fin de evitar los problemas que podrían derivarse de la derogación de tratados internacionales por leyes ordinarias posteriores, el Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemán adoptó a partir de 1987 la interpretación de que, aunque los tratados no posean estatus constitucional, la concepción de la Constitución debe tener en cuenta su contenido y desarrollo, ya que existe una obligación de interpretar las normas infraconstitucionales en consonancia con los compromisos asumidos por Alemania ante el derecho internacional. En lo referente específicamente a los derechos fundamentales, el Tribunal estableció asimismo que la jurisprudencia producida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también debe servir como instrumento interpretativo en la definición del contenido y alcance de los derechos fundamentales y del principio del Estado de Derecho (ABDELGAWAD; WEBER, 2008, p. 119-120; HOFFMEISTER, 2006, p. 728).

Posteriormente, con la decisión del caso *Görgülü*, en 2004, el TCF dio otro paso para reforzar la importancia de los tratados de derechos humanos en el orden interno. Además de mantener la concepción anterior sobre la necesidad de interpretar la Constitución de manera armónica con los tratados internacionales, el TCF pasó a admitir que los tribunales nacionales tengan el deber de cumplir las sentencias del TEDH y tener en cuenta la CEDH al interpretar la Constitución. Si no se cumple ese deber, el enjuiciamiento puede ser objeto de una queja constitucional ante el propio TCF por violación de derechos fundamentales. No obstante, esa concepción no altera la supremacía de la Constitución, ya que las disposiciones de los tratados internacionales no pueden ir contra los principios constitucionales fundamentales (HOFFMEISTER, 2006, p. 725-730; MÜLLER; RICHTER, 2008, p. 166-168).

Por último, el caso del Reino Unido merece atención por su singularidad. Aunque haya sido uno de los primeros Estados en ratificar el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Reino Unido no lo incorporó al derecho interno hasta la aprobación de la "Human Rights Act" (HRA), en 1998, y su entrada en vigor, en el año 2000. Ese cambio se debió al creciente número de condenas al Estado británico por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que hizo necesario crear medios que mejoraran la protección de los derechos humanos en el ámbito interno. La HRA incorpora al orden interno los derechos del Convenio Europeo a que se refiere dicha ley y establece el deber de cumplirla para las autoridades públicas,

lo que permite que los ciudadanos defiendan esos derechos ante los tribunales nacionales (BESSON, 2008, p. 36-42).

Formalmente, la HRA se encuentra en el mismo nivel jerárquico que las demás leyes, por lo que puede ser modificada por actos posteriores del Parlamento. Sin embargo, dos instrumentos previstos en ella le confieren un estatus diferente en el orden jurídico: el primero de ellos (artículo 3) establece que los tribunales deben interpretar la legislación —tanto anterior como posterior a la HRA— de manera compatible con los derechos reconocidos por el CEDH, lo que significa que, cuando sea posible más de una interpretación de la ley, los jueces deben preferir aquella que esté más en consonancia con el CEDH. El segundo instrumento (artículo 4) se acciona cuando no fuera posible ofrecer una interpretación de la ley acorde con el Convenio: en tales casos, el tribunal debe emitir una declaración de incompatibilidad (*declaration of incompatibility*), la cual no afecta a la validez de la ley, aunque incentiva al Parlamento a revisar la ley y autoriza al Ejecutivo a dar inicio a un proceso legislativo acelerado para modificarla (BESSON, 2008, p. 51-52). El peso político de las declaraciones de incompatibilidad puede ser medido por el hecho de que todas ellas han conducido a cambios en la legislación o a la incoación de un proceso legislativo (REINO UNIDO. DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, 2006, p. 17; KLUG; STARMER, 2005, p. 721).

Como sabemos, el Reino Unido no posee una constitución escrita que establezca parámetros de control de la validez de las leyes. Pese a ello, la HRA representó un cambio notable en el ordenamiento jurídico británico, pues los derechos previstos en el CEDH pasaron a ser utilizados por el Poder Judicial para interpretar la legislación, adecuando su contenido a la HRA o incentivando su revisión por el Parlamento, lo que lleva a algunos autores a clasificarla como una ley constitucional (*constitutional statute*) (CLAYTON, 2004, p. 33).

En el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, especialmente en lo que se refiere a los países latinoamericanos, destacan las diversas vías por las cuales los tratados internacionales de derechos humanos han sido incorporados al derecho interno. Según Brewer-Carías (2006), en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos pueden encontrarse todas las hipótesis de niveles jerárquicos: supraconstitucionalidad, constitucionalidad, supralegalidad y legalidad. Además de eso, varias constituciones contienen cláusulas que prevén la incorporación de los derechos inherentes a la persona humana, reconociendo su aplicabilidad directa y estableciendo criterios de interpretación constitucional en consonancia con los tratados internacionales.

En relación con el último caso, el autor destaca que, aunque falten previsiones constitucionales sobre la jerarquía de los tratados, estos pueden llegar a adquirir nivel constitucional y ser aplicados directamente en virtud de diferentes reglas de interpretación constitucional, tales como las que prevén que los derechos declarados en la Constitución deben ser interpretados en consonancia con los instrumentos internacionales; las que establecen una orientación general para la actuación de los órganos del Estado con relación al respeto y la garantía de los derechos humanos; y las que establecen que los derechos humanos se interpreten con base en el principio de la progresividad, según el cual no se admite una interpretación que resulte en una disminución de su goce, ejercicio y protección efectivos.

En este ámbito, el ejemplo más conocido es el de Colombia, cuya Constitución de 1991 contiene una disposición similar a la citada de la Constitución Española (artículo 93):

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Con base en esa disposición, el Tribunal Constitucional de Colombia construyó una noción propia de "bloque de constitucionalidad", que posee dos sentidos: en el primero (*stricto sensu*), el bloque está formado por los principios y normas de valor constitucional, es decir, el texto de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos cuya limitación esté prohibida aun en caso de estados de excepción; en el segundo (*lato sensu*), el bloque está formado por todas aquellas normas, de jerarquía distinta, que sirven como parámetro para controlar la constitucionalidad de las leyes, es decir, los demás tratados de derechos humanos, las leyes orgánicas y algunas leyes estatutarias. A pesar de esa distinción, el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal considera que todos los tratados internacionales de derechos humanos sirven para interpretar los derechos constitucionales, lo que incluye la incorporación de la jurisprudencia de tribunales internacionales, compitiéndole armonizar los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados (UPRIMNY, 2001, p. 19-20).

El punto común de los casos presentados más arriba es que el nivel jerárquico de los tratados de derechos humanos en el orden interno no es la única variable que condiciona su utilización en la interpretación de la Constitución. Como vimos, incluso en países que no reconocen nivel constitucional a tales tratados, se busca interpretar las disposiciones constitucionales en armonía con ellos. Eso significa que el debate sobre el nivel jerárquico de los tratados de derechos humanos en Brasil debe ser complementado con la reflexión sobre su función hermenéutica en nuestro ordenamiento.

4 Tratados internacionales de derechos humanos como parámetro de interpretación constitucional

Además de beneficiarse del principio *pacta sunt servanda*,²² que se encuentra en la base del derecho internacional (artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), los tratados de derechos humanos poseen características que hacen necesario ajustar el derecho interno de los Estados Partes a las normas internacionales. Al contrario de los instrumentos que solo crean obligaciones recíprocas entre los Estados, estos tratados tienen como objetivo la protección de las personas, estableciendo deberes de los poderes públicos en relación con sus jurisdicionados. Por tanto, no es por casualidad que el contenido de los tratados de derechos humanos frecuentemente se solape con el contenido de las Constituciones,

puesto que la garantía de los derechos de la persona humana es un área común de ambos sistemas (BERNHARDT, 1993, p. 25-26; DRZEMCZEWSKI, 1997, p. 20-23; RAMOS, 2004, p. 36-40).

Así, las obligaciones asumidas por el Estado al ratificar un tratado de derechos humanos exigen examinar si el conjunto de actos practicados por los poderes públicos, incluso los de carácter legislativo, respetan las disposiciones del tratado. Muchas veces, la cuestión central a ser juzgada por el tribunal internacional se refiere a la compatibilidad del derecho interno con el tratado, como en aquellas situaciones en que la aplicación de una ley conduce, inevitablemente, a la violación de las normas internacionales (BERNHARDT, 1993, p. 30-32), lo que demanda su revisión o derogación para que cese el incumplimiento de las obligaciones por parte del Estado. La conciencia de esa repercusión explica la tendencia, percibida tanto en los países que integran el Sistema Europeo de Derechos Humanos como en los del Sistema Interamericano, de incorporar esos tratados al derecho interno, y se encuentra consolidada en el artículo 2 de la CADH.²³ La incorporación de las normas internacionales permite, además, que los propios tribunales nacionales contribuyan a garantizar el cumplimiento de las obligaciones por los Estados, cuando se les reconoce competencia para aplicarlas directamente (KELLER; STONE SWEET, 2008, p. 683-688).

La frecuencia con que surgen problemas de compatibilidad del derecho interno con el derecho internacional también se debe al carácter abierto de las disposiciones constitucionales e internacionales sobre derechos humanos, que exigen la delimitación del ámbito y del contenido de los derechos garantizados. Tanto el Tribunal Europeo como la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretan sus respectivos tratados como *instrumentos vivos*, que deben ser aplicados a la luz de las condiciones actuales (KILLANDER, 2010). Esa interpretación dinámica implica que los tribunales internacionales esclarezcan y desarrollen constantemente los principios y reglas establecidos en los tratados, definiendo las obligaciones que corresponden a los Estados. A medida que evoluciona la aplicación del tratado en el ámbito interno, tiende a hacerse más relevante la jurisprudencia de los órganos originalmente encargados de su protección, lo cual suministra la base para un diálogo entre la jurisdicción nacional y la internacional sobre la compatibilización del derecho interno y el internacional (SLAUGHTER, 1994).

En ese contexto ya no se puede seguir defendiendo una visión estrictamente jerárquica de la relación entre el derecho interno y los tratados internacionales de derechos humanos (BOGDANDY, 2008; TORRES PÉREZ, 2009, cap. 3). El desarrollo de los sistemas regionales de protección crea una dinámica en que los órganos nacionales no pueden ignorar el impacto de las decisiones tomadas por los tribunales internacionales en el ámbito del derecho interno, so pena de que el Estado se encuentre constantemente en situación de incumplimiento ante la comunidad internacional. Como el deber del Estado de cumplir con las obligaciones no depende del nivel jerárquico que se le atribuya al tratado, es necesario adoptar criterios hermenéuticos que permitan armonizar sus disposiciones con las disposiciones de derecho interno, especialmente las de índole constitucional.²⁴

Partiendo del presupuesto de que los derechos reconocidos en los tratados deben ser garantizados por el Estado a sus jurisdicionados aunque sus disposiciones no hayan sido incorporadas al derecho interno o, si eso hubiera ocurrido, independientemente del nivel que se les atribuyera en la jerarquía interna, percibimos que el problema gira en torno a saber cuáles son los derechos que vinculan a los poderes públicos, independientemente del origen internacional o interno de la norma. Tanto los *derechos fundamentales* reconocidos en una Constitución, como los *derechos humanos*, reconocidos en un tratado internacional, poseen el mismo propósito: limitar el uso del poder coercitivo del Estado (LETSAS, 2007, p. 33-35). Por lo tanto, las preguntas que debe plantearse el juez que aplica una disposición constitucional o internacional son las mismas: ¿está autorizado el Estado a usar su poder coercitivo en esta determinada situación? Desde ese punto de vista, la respuesta formulada por el STF en el caso de la prisión civil del depositario infiel es ejemplar: el uso de la coerción en esa hipótesis no está autorizada *a la luz* de la CADH.

Ese conjunto de elementos y el conocimiento de la experiencia de otros países nos llevan a concluir que la diferencia entre las tesis de la supralegalidad y de la constitucionalidad en el derecho brasileño debe ser relativizada. Tal como vimos, la supralegalidad excluye la posibilidad de que los tratados de derechos humanos puedan ser utilizados como parámetro de control de constitucionalidad, el cual, para el STF, sigue estando constituido exclusivamente por la Constitución de 1988. Por lo tanto, el campo en que la diferencia entre las tesis de la supralegalidad y de la constitucionalidad puede verse acentuado es eminentemente procesal: ya sea en el ámbito del control por vía incidental, o en el ámbito del control por vía directa, los tratados internacionales de derechos humanos no pueden ser invocados como causa de pedir, a menos que hayan sido incorporados al ordenamiento jurídico como enmienda constitucional, tal como prevé el artículo 5.º, párrafo 3º.

No obstante, la jurisprudencia del STF indica que los tratados de derechos humanos son utilizados no solo como parámetro para interpretar las normas infraconstitucionales, sino también las normas constitucionales. Los dispositivos de la prisión civil del depositario infiel, de la presunción de inocencia, de la duración razonable del proceso, del contradictorio y de la amplia defensa, y de las libertades de prensa y de ejercicio profesional, en los casos antes citados, fueron interpretados de forma que los convirtieran en compatibles con la CADH, ocasionando el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico brasileño. Eso significa que el STF utiliza los tratados de derechos humanos como *parámetros de interpretación constitucional*,²⁵ puesto que suministran criterios hermenéuticos para definir el contenido de las normas constitucionales. Al juzgar la validez de los actos de los poderes públicos ante la Constitución, el STF analiza los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales para definir de qué manera deben interpretarse las disposiciones constitucionales.

La utilización de los tratados de derechos humanos como parámetros de interpretación constitucional también ofrece respuestas a los posibles problemas de compatibilización entre las disposiciones constitucionales y las internacionales, pues permite que el STF armonice esos conjuntos normativos con base en la

interpretación que ofrezca la mejor protección de los derechos humanos. De esa forma, se preserva, además, la integridad del sistema jurídico brasileño, puesto que el Estado debe actuar siempre de forma coherente con los principios que justifican sus acciones (DWORKIN, 1999). Así, la ratificación de un tratado de derechos humanos por parte de Brasil implica que en la interpretación constitucional tendrán que tenerse en cuenta nuevos principios, lo que exigirá el reconocimiento de otros derechos y la extensión de derechos ya reconocidos, tal como prevé la propia Constitución en su artículo 5.º, párrafo 2.º. Eso significa que, a veces, el Poder Judicial tendrá que reexaminar su jurisprudencia en busca de coherencia con el conjunto de principios que rigen el derecho brasileño, alejando los precedentes que se muestren incompatibles con una interpretación más actualizada de los derechos fundamentales.

5 Conclusión

La incorporación de los tratados de derechos humanos al derecho interno es un factor que contribuye a que los Estados cumplan con sus obligaciones en esa área. En este trabajo, hemos intentado explorar de qué manera la adopción de la tesis de la supralegalidad puede contribuir al perfeccionamiento de la protección de los derechos humanos por parte del Estado brasileño. A partir del análisis de la jurisprudencia del STF, hemos visto que la supralegalidad hace posible que los tratados de derechos humanos sean utilizados no solo para interpretar las disposiciones legales, sino también la propia Constitución. A continuación, hemos percibido que la experiencia de otros países indica que el nivel jerárquico atribuido al tratado no es determinante para esa utilización, teniendo en vista la exigencia de compatibilizar la Constitución con los tratados internacionales. Finalmente, hemos defendido que los tratados de derechos humanos deben servir de parámetro de interpretación constitucional en el derecho brasileño, permitiendo la armonización de las disposiciones constitucionales e internacionales.

Cabe observar asimismo que el uso de los tratados internacionales no debe estar restringido al STF, sino que debe servir de pauta interpretativa para todos los órganos judiciales. Además, los poderes públicos deben ampliar su conocimiento del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente del sistema interamericano (BERNARDES, 2011, p. 141-146), a fin de que se respeten los compromisos asumidos por Brasil. En el ámbito del proceso legislativo, eso exige que se haga el análisis de la compatibilidad de los proyectos de ley con los tratados de derechos humanos y, en el ámbito del Poder Ejecutivo, que se anulen los actos administrativos que contraríen tales tratados. Explorada desde esa perspectiva, la supralegalidad puede ofrecer muchos caminos por los que transite el perfeccionamiento de la protección de los derechos humanos en Brasil.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- ABDELGAWAD, Elisabeth Lambert; WEBER, Anne. 2008. The reception process in France and Germany. In: KELLER, Helen; STONE SWEET, Alec (Eds.). *A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems*. Oxford: Oxford University Press. p. 107-164.
- BERNARDES, Marcia Nina. 2011. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. *SUR*, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 134-156, dez. Disponible en: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo15.php?artigo=15,artigo_07.htm>. Visitado en: Mayo 2013.
- BERNHARDT, Rudolf. The Convention and Domestic Law. 1993. In: MACDONALD, Ronald St. John.; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (eds.). 1993. *The European System for the Protection of Human Rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers. p. 25-40.
- BESSON, Samantha. 2008. The reception process in Ireland and the United Kingdom. In: KELLER, Helen; STONE SWEET, Alec (Eds.). 2008. *A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems*. Oxford: Oxford University Press. p. 36-106.
- BOGDANDY, Armin von. 2008. Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 6, No. 3, p. 397-413, jul./oct.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. 2006. La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México. DF, n. 6, p. 29-78, jul./dic.
- CAMPOS, Thiago Yukio Guenka; BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. 2011. Por uma delimitação conceitual do controle judicial de convencionalidade no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: diálogos entre ordem interna e internacional. In: ANNONI, Danielle (Org.). *Direito internacional dos direitos humanos: homenagem à Convenção Americana de Direitos Humanos*. São Paulo: Conceito Editorial. p. 257-296.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. 1996. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José, Costa Rica; Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos.
- CLAYTON, Richard. 2004. Judicial deference and “democratic dialogue”: the legitimacy of judicial intervention under the Human Rights Act 1998. *Public Law*, London, p. 33-47, Spring.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro. 1987. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1818-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. 2003. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva.
- DRZEMCZEWSKI, Andrew Z. 1997. **European Human Rights Convention in Domestic Law: a comparative study**. Oxford: Clarendon Press.
- DWORKIN, Ronald. 1999. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. 2002. **Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. 2004. **Conflicto y cooperación entre la constitución española y el derecho internacional**. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HOFFMEISTER, Frank. 2006. Germany: status of European Convention on Human Rights in Domestic Law. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 4, No. 4, p. 722-731, Oct.
- KELLER, Helen; STONE SWEET, Alec (Eds.). 2008. **A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems**. Oxford: Oxford University Press.
- KILLANDER, Magnus. 2010. Interpretação dos tratados regionais de direitos humanos. **SUR**, São Paulo, v. 7, n. 13, p. 149-175, dez. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/13/07.pdf>>. Visitado em: Mayo 2013.
- KLUG, Francesca; STARMER, Keir. 2005. Standing back from the Human Rights Act: how effective is it five years on? **Public Law**, London, p. 716-728, Winter.
- LETSAS, George. 2007. **A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights**. Oxford: Oxford University Press.
- MARINONI, Luiz Guilherme. 2010. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MAUÉS, Antonio Moreira. 2008. Perspectivas do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. In: NUNES, António José Avelás; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). **O direito e o futuro, o futuro do direito**. Coimbra: Almedina. p. 289-312.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. 2011. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. 1999. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar. p. 1-33.
- MÜLLER, Felix; RICHTER, Tobias. 2008. Report on the Bundesverfassungsgericht's (Federal Constitutional Court) Jurisprudence in 2005/2006. **German Law Journal**, v. 9, No. 2, p. 161-193, Feb. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=897>>. Visitado em: Visitado em.
- PIOVESAN, Flavia. 1997. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. 2008. **La interpretación de los derechos: del Tribunal**

de Estrasburgo al Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

RAMOS, André de Carvalho. 2004. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar.

_____. 2009. O diálogo das cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). 2009. **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin. p. 805-850.

REINO UNIDO. DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS. 2006. **Review of the Implementation of the Human Rights Act**. London: DCA.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro. 2011. La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos. **Hendu**, v. 2, n. 1, p. 20-42. Disponible en: <<http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/664/938>>. Visitado en: Mayo 2013..

SILVA, Virgílio Afonso da. 2010. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.). 2010. **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 515-530.

SLAUGHTER, Anne-Marie. 1994. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**, Richmond, v. 29, p. 99-137.

STRECK, Lenio Luiz. 2011. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva.

TORRES PÉREZ, Aida. 2009. **Conflicts of rights in the European Union: a theory of supranational adjudication**. Oxford: Oxford University Press.

UPRIMNY, Rodrigo. [2001]. El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Disponible en: <http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=72>. Visitado en: Mayo 2013.

Jurisprudencia

BRASIL. 1977. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 80.004**.

_____. 1995a. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.347**.

_____. 1995b. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 72.131**.

_____. 1997. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480**.

_____. 2000. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus nº 79.785**.

_____. 2005. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 85.237**.

_____. 2006a. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 88.359**.

_____. 2006b. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 86.634**.

- _____. 2008a. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 92.569.**
- _____. 2008b. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n° 466.343.**
- _____. 2009a. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 95.464.**
- _____. 2009b. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 96.059.**
- _____. 2009c. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus n° 83.810.**
- _____. 2009d. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 93.503.**
- _____. 2009e. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n° 511.961.**
- _____. 2009f. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 99.891.**
- _____. 2009g. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 98.878.**
- _____. 2010a. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 99.914.**
- _____. 2010b. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 98.579.**
- _____. 2010c. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 102.368.**
- _____. 2010d. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus n° 103.546.**

NOTAS

1. Cf., para todos, Recurso Extraordinario (RE) n.º 466.343 (J. 03/12/2008). Todos los fallos del STF citados en este trabajo fueron consultados en la página web del STF: <<http://stf.jus.br>>. Visitado en: Mayo 2013.
2. "Artículo 5.º, párrafo 2º. Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales de que la República Federativa de Brasil sea parte."
3. "Artículo 5.º, LXVII. No habrá prisión civil por deuda, salvo la del responsable por impago voluntario e inexcusable de obligación alimentaria y la del depositario infiel."
4. "Artículo 7.7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandados de una autoridad judicial competente expedidos en virtud del impago de una obligación alimentaria."
5. Boletín de jurisprudencia vinculante n.º 25: "Es ilícita la prisión civil de depositario infiel, cualquiera que sea la modalidad del depósito".
6. Al final de los debates realizados en el transcurso del juicio, el ministro Gilmar Mendes presentó un *dictamen adicional al voto* consagrando, en nombre de la mayoría, la tesis de la suprallegalidad.
7. La importancia creciente de los precedentes judiciales en el derecho brasileño ha sido destacada, aunque de formas muy diversas, por la doctrina. Cf. Marinoni (2010) y Streck (2011).
8. Cf., para todos, el *Habeas Corpus* (HC) n.º 72.131 (J. 23/11/1995).
9. También contribuyó a esa situación el hecho de que Brasil no reconoció hasta 1998 la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que hasta la fecha solo ha juzgado cinco casos contra el Estado brasileño: Ximenes Lopes, en julio de 2006; Nogueira de Carvalho, en noviembre de 2006; Escher, en julio de 2009; Garibaldi, en septiembre de 2009; y Guerrilla del Araguaia, en noviembre de 2010.
10. Anteriormente, en un caso juzgado en 2000, hacía su primera aparición en el STF la tesis de la suprallegalidad. En el Recurso en *Habeas Corpus* n.º 79.785 (J. 29/03/2000), el ministro relator Sepúlveda Pertence admitió que los tratados internacionales de derechos humanos, aunque se sitúen por debajo de la Constitución, deberían ser dotados de *fuera suprallegal*, para la aplicación directa de sus normas, incluso contra las leyes ordinarias, "siempre que, sin herir la Constitución, la complementen, especificando o ampliando los derechos y garantías que en ella constan." Pese a eso, el juicio concluyó negando al doble grado de jurisdicción el carácter de una garantía constitucional absoluta, limitando, por lo tanto, la

aplicabilidad del artículo 8.2.h de la CADH, según el cual, "«[T]oda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo a un juez o tribunal superior»".

11. "«Artículo 5.º, párrafo 3º. Los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos aprobados, en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas a la Constitución.»"

12. "«Artículo 5.º, párrafo 4º. Brasil se somete a la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional a cuya creación haya manifestado adhesión»".

13. "«Artículo 109, párrafo 5.º: En las hipótesis de grave violación de derechos humanos, el Procurador General de la República, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de obligaciones derivadas de los tratados internacionales de derechos humanos de los que Brasil sea parte, podrá alegar, ante el Superior Tribunal de Justicia, en cualquier fase de la investigación o proceso, un incidente de desplazamiento de competencia a la Justicia Federal»".

14. Cabe observar que la posición defendida por el ministro Celso de Mello no excluye el principio de la supremacía constitucional, reconociendo que habría una jerarquía interna en el bloque de constitucionalidad, lo cual preservaría los derechos consagrados en la Constitución frente a eventuales restricciones impuestas a ellos por tratados internacionales.

15. Ese cambio en la interpretación de la Constitución queda aún más evidente cuando se contrasta con los fundamentos presentados por el ministro Moreira Alves en el juicio del HC n.º 72.131: "«Siendo, pues, un mero dispositivo legal ordinario, ese párrafo 7º del Artículo 7º de la referida Convención no puede restringir el alcance de las excepciones previstas en el art. 5º, LVII, de nuestra actual Constitución (y nótese que esas excepciones se superponen al derecho fundamental del deudor en no ser susceptible de prisión civil, lo

que implica un verdadero derecho fundamental de los acreedores de deuda alimentaria y de depósito convencional o necesario), incluso para el efecto de revocar, por interpretación constitucional de su silencio para no admitir lo que la Constitución brasileña admite expresamente, las normas sobre la prisión civil del depositario infiel (...)»". (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1995b, p. 8.686).

16. En el mismo sentido, HC n.º 96.059 (J. 10/02/2009), HC n.º 99.914 (J. 23/03/2010) y HC n.º 102.368 (J. 29/06/2010).

17. En el mismo sentido, HC n.º 95.464 (J. 03/02/2009), HC n.º 98.878 (J. 27/10/2009), HC n.º 98.579 (J. 23/03/2010) y RHC n.º 103.546 (J. 07/12/2010).

18. HC n.º 88.359 (J. 14/11/2006).

19. HC n.º 86.634 (J. 18/12/2006) e HC n.º 93.503 (J. 02/06/2009).

20. HC n.º 92.569 (J. 11/03/2008).

21. RHC n.º 83.810 (J. 05/03/2009)

22. En latín, «los pactos deben ser respetados.» (Nota de la editora).

23. "«Artículo 2. *Deber de adoptar disposiciones de derecho interno.* Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.»"

24. Obsérvese que la atribución de nivel constitucional a los tratados de derechos humanos tampoco prescinde de criterios hermenéuticos para solucionar eventuales problemas de conflicto entre las disposiciones constitucionales originarias y las disposiciones internacionales, tal como pone de manifiesto el recurso a criterios como el de la "norma más favorable".

25. La importancia de esa categoría para comprender las relaciones entre Constitución y tratados internacionales es puesta de relieve por Gómez Fernández (2004, p. 359-361).

ABSTRACT

In December 2008, when ruling on a number of cases involving the civil imprisonment of unfaithful trustees, the Supreme Court modified its understanding of the hierarchy of international human rights treaties in Brazilian law, adopting the thesis of supra-legality. This article analyzes the potential impacts that this change can have on constitutional interpretation in Brazil, examining how the Supreme Court has applied the thesis of supra-legality and the extent to which the hierarchy of international human rights treaties has influenced, in other countries, their use in interpreting the Constitution. The article concludes that supra-legality allows for the construction of arguments in favor of using human rights treaties as a parameter of constitutional interpretation in Brazilian law.

KEYWORDS

International human rights treaties – Supra-legality – Supreme Court

RESUMO

Em dezembro de 2008, ao julgar várias ações que envolviam a prisão civil do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento sobre o nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, passando a adotar a tese da supralegalidade. Este artigo analisa os possíveis impactos que a mudança pode trazer para a interpretação constitucional desenvolvida no Brasil, examinando como o STF tem aplicado a tese da supralegalidade e de que modo o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos influencia, em outros países, seu uso na interpretação da Constituição. O trabalho conclui que a supralegalidade permite construir argumentos que favoreçam a utilização dos tratados de direitos humanos como parâmetro de interpretação constitucional no direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE

Tratados internacionais de direitos humanos – Supralegalidade – Supremo Tribunal Federal.

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 justicia: 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 justicia 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 FOÇAÇA 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 SCHAAF

La Negociación de la Sexualidad en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

TOBIAS PIETER VAN REENEN Y

HELÉNE 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 Obligacionistas 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 ISSAIEVA, 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

SUR 17, v. 9, n. 17, dez. 2012

DESARROLLO Y DERECHOS HUMANO

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 SCETTINI
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

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.

REFERENCIA EN EDUCACIÓN WWW.FCC.ORG.BR



Fundação Carlos Chagas