

JOSÉ RICARDO CUNHA

Doctor en Derecho y profesor de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro, Brasil. Coordina desde 2003 el grupo de investigación “Direitos Humanos no Tribunal de Justiça” que estudia los límites y las posibilidades de la justiciabilidad de los derechos humanos, en especial de los derechos económicos, sociales y culturales. E-mail: <jr-cunha@uol.com.br>

RESUMEN

La propuesta del artículo es analizar la información obtenida en el ámbito de la investigación “Derechos humanos en la comarca de la ciudad de Rio de Janeiro: concepción, aplicación y formación”, que tiene por objetivo investigar el grado de justiciabilidad de los derechos humanos en la prestación jurisdiccional de los jueces de primera instancia de la *comarca** de la capital del Tribunal de Justicia del Estado de Rio de Janeiro. El estudio concluye que el tipo de *vara*** el color de piel o la raza del juez y el grado de conocimiento de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de la OEA y de la ONU constituyen variables significativas para explicar el comportamiento de los jueces en lo que atañe a la utilización de las normativas internacionales para fundamentar las sentencias. La elucidación empírica de las variables antes mencionadas se revela de gran valor para la implementación de programas destinados a ampliar el conocimiento de los jueces sobre el tema. La investigación se realizó con el apoyo de la Faperj. [Artículo original en portugués.]

PALABRAS CLAVES

Derechos humanos – Justiciabilidad – Poder Judicial – Brasil

* La *comarca* es una división territorial de la jurisdicción de la justicia de los estados. Puede englobar una o más municipalidades y recibe el nombre de la ciudad en la cual tiene la sede, como es el caso de la comarca de la ciudad de Rio de Janeiro.

** La *vara* [fuero] es una subdivisión de la *comarca*, especializada o no. Cuando la *comarca* tiene más de una vara, cada una de esas *varas* puede tener jurisdicción sobre una o más áreas particulares: derecho civil, de la familia, criminal, etc. Cada *vara* está a cargo de un juez titular, y puede contar con uno o más jueces comenzando la carrera.

DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIABILIDAD: UNA INVESTIGACIÓN EN RIO DE JANEIRO¹

José Ricardo Cunha

*Andréa Diniz (IBGE); Alexandre Garrido da Silva e
Isolda Abreu de Carvalho Mattos Sant'Anna (UERJ);
Diana Felgueiras das Neves, Rodrigo da Fonseca Chauvet
y Tamara Moreira Vaz de Melo (UERJ);
Lia Motta Gould y Priscila de Santana (PUC-Rio)*

Los derechos humanos constituyen el principal instrumento de defensa, garantía y promoción de las libertades públicas y de las condiciones materiales esenciales para una vida digna. Se exige siempre que los poderes Ejecutivo y Legislativo actúen en consonancia con estos derechos; no obstante, es el Poder Judicial el último guardián de tales derechos y allí reside la esperanza de que sean efectivamente protegidos. Por esta razón, es imperioso luchar por la efectividad de su tutela jurisdiccional.

La búsqueda de la efectividad de los derechos humanos en la esfera judicial hace necesario indagar la manera por la cual los jueces conciben y aplican las normas de derechos humanos, especialmente las que protegen los derechos económico-sociales. La investigación “Derechos humanos en el Tribunal de Justicia de Rio de Janeiro: concepción, aplicación y formación” tiene, por lo tanto, el objetivo de estudiar el grado de efectividad – **justiciabilidad** – de los derechos humanos en la prestación de la tutela jurisdiccional.

En la primera etapa, cuyo análisis es objeto del presente trabajo, se investigó la primera instancia de la *comarca* del Tribunal de Justicia del Estado de Rio de Janeiro.²

La investigación fue organizada en dos vertientes: una teórica y otra práctica.

1. Investigación en curso realizada por alumnos y profesores de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro (UERJ), de la Pontificia Universidad Católica de Rio de Janeiro, de la Fundación Getúlio Vargas de Rio de Janeiro y de la Universidad Cândido Mendes (Ucam).

2. La investigación de campo continúa con jueces de la segunda instancia del TJRJ.

En la vertiente teórica se realizó un estudio sistemático de los fundamentos jurídicos, filosóficos y políticos de los derechos humanos, a partir de las obras de Carlos Santiago Nino, Antonio Enrique Pérez Luño, Chaïm Perelman y Robert Alexy.

En la vertiente empírica se efectuó un relevamiento en 225 de las 244 *varas* en funcionamiento de primera instancia de la *comarca* de Rio de Janeiro. Se aplicó un cuestionario a los jueces a fin de indagar el modo cómo cada magistrado responsable de la prestación jurisdiccional en la *vara* concibe y aplica los derechos humanos. El cuestionario también procuró relevar el nivel de formación de los jueces en el área de derechos humanos.

Para el análisis principal, los datos recogidos fueron estadísticamente tratados por medio de modelos de regresión logísticos multinominales, y se buscó, en especial, explicar el empleo de las normativas internacionales de protección a los derechos humanos en el fundamento de las sentencias dictadas por los jueces a través de las demás variables intervinientes. Fundamentalmente, el procedimiento utilizado consistió en aplicar tests de hipótesis acerca de la contribución de cada variable para el poder de explicación del modelo, a un nivel del 5% de significancia. Fueron excluidas del modelo las variables cuya contribución no fue considerada significativa, en el nivel fijado, para explicar el empleo de las normativas para fundamentar las sentencias.

Puesto que el objeto primordial de la investigación era la tutela jurisdiccional llevada a cabo por la acción del juez, fue necesario recoger los datos directamente en la fuente primaria, o sea, mediante entrevistas directas a los jueces.³ Se optó por la *comarca* de la capital de Rio de Janeiro, tanto por su representatividad en relación con las demás del estado como por el mayor flujo y la mayor diversidad de procesos.

La unidad de investigación considerada fue la *vara*, ya que es por medio de esta que el juez actúa y el usuario tiene la posibilidad de acceso a la Justicia. Por lo tanto, el cuestionario corresponde a la *vara* y no al juez, no obstante sea este el interlocutor. En las *varas* con más de un juez, titular y sustituto(s), se empleó un solo cuestionario. En los casos en que un juez acumulaba más de una *vara*, sus respuestas fueron repetidas e incluidas en cada una de las *varas*.

El registro de las unidades de investigación se realizó a partir del listado de *varas* extraído en noviembre de 2003 de la página del Tribunal de Justicia de Rio de Janeiro en Internet: <www.tj.rj.gov.br>. Constaban entonces 255 *varas*, incluidos el foro central y los regionales. En el momento de llevar a

3. La entrevista fue realizada, siempre que se pudo, con el juez titular de la *vara*, en caso de que este no pudiera, con el juez sustituto. En los casos en que ambos no pudieran o rehusaran contestar, se consideró como "no respondido".

cabo el trabajo de campo con las entrevistas, se actualizó el registro y se constató que algunas de las *varas* no habían sido instaladas, o bien habían sido fundidas con otras ya existentes. Por lo tanto, el registro final contiene 244 *varas*.

Para la recolección de los datos, realizada entre enero y mayo de 2004, se visitaron 225 de las 244 *varas* registradas;⁴ y en cerca del 40% de las *varas* el cuestionario no fue respondido. Los principales motivos de la pérdida de las unidades informantes fueron: (1) recusación no justificada del juez; (2) recusación del juez bajo la alegación de que los derechos humanos no forman parte de su trabajo; (3) no recibimiento del entrevistador por parte del juez.

Para una mejor aprehensión de los indicios que señalasen la salvaguardia jurisdiccional de los derechos humanos, se elaboraron preguntas que tomasen en cuenta tanto los elementos subjetivos como los objetivos que configuran las condiciones reales de decidibilidad acerca del tema. En efecto, el diseño final del cuestionario contempló cuestiones relacionadas con: características del juez; formación preuniversitaria y universitaria; concepción de derechos humanos; y actuación en la prestación de tutela jurisdiccional. El instrumento de recolección de datos fue diseñado de modo tal que pudiese ser utilizado por los investigadores en las entrevistas directas con el juez responsable de cada una de las *varas*, pero que también pudiera ser completado por el propio juez cuando este se negase a recibir al entrevistador.

Análisis de los datos

A seguir presentamos una sistematización de las informaciones recogidas en los cuestionarios, acompañada de un análisis de las respuestas obtenidas.

Perfil de los jueces

El Poder Judicial, como institución social, aún refleja la predominancia masculina en las relaciones de poder. La mayoría de los jueces, esto es, 60% del total, son hombres. Sin embargo, las instituciones se han ido feminizando a lo largo de los años gracias a los cambios en la sociedad y ya se puede advertir una significativa aproximación entre los dos porcentajes. Este fenómeno es más evidente en la primera instancia, donde los jueces iniciantes emprenden el ejercicio de su función. Se cree que cuanto más elevada es la instancia de juicio, menor es el porcentaje de mujeres juezas actuantes, pues allí ejercen jueces con más antigüedad.

4. A causa de limitaciones inesperadas, no se pudo hacer el trabajo en los foros regionales de Campo Grande (11 *varas*) y Santa Cruz (8 *varas*).

La Tabla 1 muestra la distribución de los jueces que participaron de la investigación por tiempo de desempeño en el cargo según grupos de edad. En ella se puede notar que son pocas las posibilidades de que alguien se convierta en juez titular antes de los 30 años. Del total de jueces titulares, hay solo 2 (2%) en esa franja de edad. Entre los 77 jueces que se incluyen en el grupo de 31 a 50 años, que representan casi el 75% de los entrevistados, 44 tienen de 11 a 20 años de función. Y es este grupo de edad el que constituye la mayoría relevante en la primera instancia del Tribunal de Justicia de Rio de Janeiro. Ningún juez de esa franja de edad tiene más de 20 años de carrera, lo que nos lleva a creer que los jueces con más de 20 años de función suelen ser promovidos y están, por lo tanto, en los órganos de segunda instancia. Los jueces con más de 50 años de edad, en su mayoría, cuentan con un tiempo de 11 a 20 años de desempeño en el cargo. Entre estos, solo 2 poseen menos de 5 años de carrera. Es raro que alguien inicie el oficio de juez en esa franja etaria; y es raro también que un juez titular siga ejerciendo el cargo de juez de primera instancia después de los 50 años de edad.

Los porcentajes más impresionantes – pero no sorprendentes – se refieren a la raza o el color de los jueces, conforme muestra el Gráfico 1. Los autodeclarados blancos forman el 86% del total. Esto confirma la existencia de una intensa exclusión de la población negra y parda de la carrera de la magistratura, visto que, según el Censo de 2000, los negros y pardos representan el 44,6% de la población brasileña.⁵

Formación específica en derechos humanos

Puesto que la inclusión del tema “derechos humanos” en la formación de los jueces, sobre todo en la carrera de grado, es un factor capaz de influir en la aplicación, por parte de los jueces, de las normas que aseguran tales derechos, hubo preguntas relativas a la existencia de tal disciplina en las facultades.

Las disciplinas relacionadas con la temática de los derechos humanos no cuentan, por lo general, con gran prestigio en las carreras de grado de las universidades. Al ser preguntados acerca de la existencia de alguna materia de derechos humanos en la licenciatura, el 84% de los jueces respondió negativamente. Entre las respuestas afirmativas, solo un 4% tuvo la disciplina como obligatoria.

A pesar de la casi inexistencia de oferta de la disciplina en las facultades, teniendo en vista la relevancia del tema, se pidió a los jueces que manifestasen

5. El IBGE adopta la categoría “preto”, en vez de negro. Para su aplicación en la investigación se reemplazó el término, y se mantuvieron integralmente las demás categorías adoptadas por el órgano oficial.

cuál era su interés por los estudios relativos a los derechos humanos. Sus respuestas se reproducen en el Gráfico 2. El análisis del gráfico permite elaborar el siguiente razonamiento: 42 jueces (40%) **nunca** estudiaron derechos humanos.

TABLA 1

Distribución de los jueces participantes de la encuesta por tiempo de desempeño en el cargo, según clases de edad				
Clases de edad	Tiempo de desempeño en el cargo (en años)			
	Menos de 5	De 5 a 10	De 11 a 20	Más de 20
Total	9	33	64	3
Hasta 30	2	0	0	0
31 a 50	5	28	44	0
Más de 50	2	4	19	3
NR	0	1	1	0

GRÁFICO 1

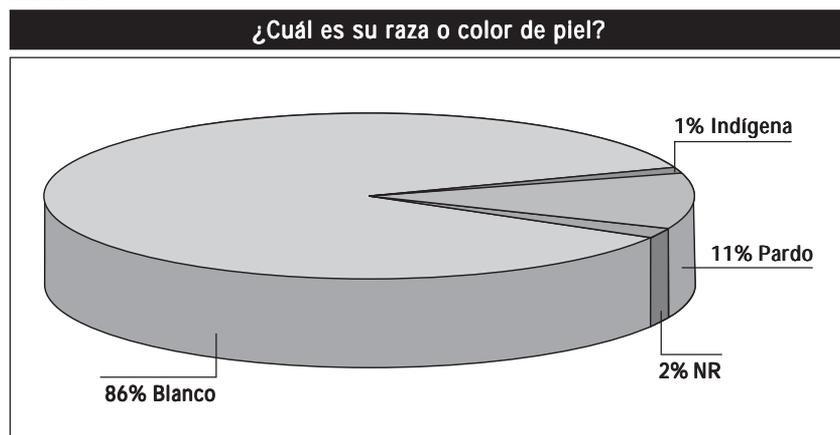
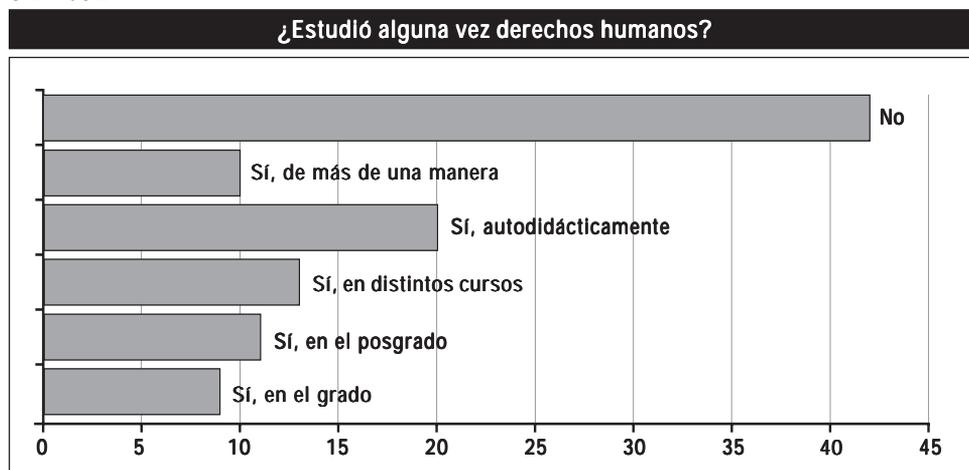


GRÁFICO 2



Esta información revela que cuatro de cada diez no tuvieron un espacio formal donde profundizar en modo sistemático las cuestiones básicas relativas a los derechos humanos.

Hay que destacar que, a pesar del relativo distanciamiento de la temática aquí abordada por buena parte de los jueces, los mismos mostraron interés en participar de cursos relacionados con los derechos humanos: cerca del 73% estaría dispuesto a estudiar el tema, como se observa en el Gráfico 3.

Al ser indagados sobre algún tipo de vivencia personal que pudiera proporcionar una experiencia práctica en relación con los derechos humanos, el resultado mostró un abismo aún mayor entre los jueces y el tema. Sólo el 6% de los entrevistados reveló haber tenido algún tipo de participación en el área.

El análisis de los datos aquí expuestos permite comprender, al menos preliminarmente, el escaso empleo de las normativas de derechos humanos de los sistemas de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en las sentencias de los jueces. De esta forma, queda vulnerada la aplicación de normas referentes a un tema tan lejano a su realidad.

Concepción de los derechos humanos

En el plano de las teorías jurídica y política, hay un consenso considerable respecto de que el tema de los derechos humanos es fundamental para un correcto entendimiento del Estado democrático de Derecho. En esta perspectiva, Jürgen Habermas (2003), al proponer la “equiprimordialidad”, es decir, el nexo interno entre derechos humanos y democracia (soberanía popular), afirma que no se puede pensar un Estado verdaderamente democrático sin una efectiva implementación de los derechos humanos. Esto quiere decir que los ciudadanos solo podrán hacer uso efectivo de su autonomía pública si son suficientemente independientes porque tienen los derechos humanos uniformemente asegurados. En este sentido, el Brasil solo podrá concretar su proyecto de democratización prescripto por la Constitución cuando los derechos humanos se apliquen concretamente en la vida cotidiana de los individuos con plena fuerza normativa. Para ello, se espera del Estado una acción efectiva de promoción de los derechos, ya sea al frente de la acción política, por intermedio de los poderes Legislativo y Ejecutivo, ya sea en la retaguardia, por medio de la acción garantista del Poder Judicial. Sin embargo, es necesario, en primer lugar, saber cómo los jueces – guardianes últimos de la justicia – comprenden los derechos humanos.

En la Tabla 2 se puede observar que, al ser indagados sobre la naturaleza de los derechos humanos, el 7,6% de los jueces afirmó que son “valores sin

aplicabilidad efectiva”; para otro 34,3%, los derechos humanos constituirían “principios aplicados ante la falta de reglas específicas”; y para el 54,3%, configurarían “reglas plenamente aplicables”. Es importante resaltar que cerca del 7% de los jueces concibe los derechos humanos solo como valores sin ninguna fuerza jurídica, incluso después de todos los esfuerzos jurídicos y políticos de afirmación de tales derechos. Esta visión es relativamente semejante a la del 34,3% de los jueces, quienes consideran que tales principios poseen un carácter subsidiario y pueden ser aplicados eventualmente ante la ausencia de normas específicas. Para ellos, cualquier ponderación que siga normas más

GRÁFICO 3

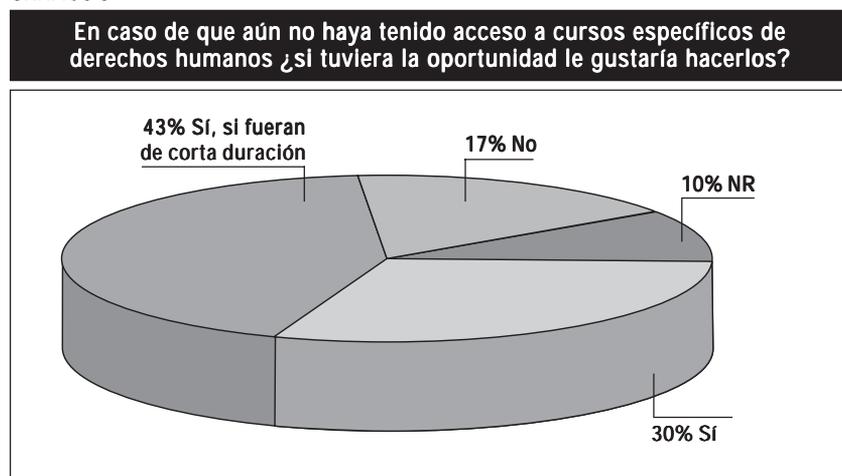


TABLA 2

En su opinión los derechos humanos son				
Opinião	Frecuencia	Porcentaje	Frecuencia acumulada	Porcentaje acumulado
Total	105	100		
Valores que instruyen el ordenamiento jurídico, pero no tienen aplicabilidad efectiva	8	7,6	8	7,62
Principios que se pueden aplicar subsidiariamente ante la falta de reglas específicas	36	34,3	44	41,90
Normas jurídicas plenamente aplicables cuando el caso concreto así lo demanda	57	54,3	101	96,19
Combinación de más de uno de los conceptos anteriores.	3	2,9	104	99,05
NR	1	1,0	105	100,00

específicas, inclusive con un contenido antagónico, llevaría a la no aplicación de las normas de derechos humanos. Sin embargo, fue mayoritaria la posición de los que muestran una concepción fuerte de derechos humanos, pues más del 50% de los jueces conciben los derechos humanos como reglas plenamente aplicables.

Indivisibilidad de los derechos humanos

La ejecución de las sentencias que aseguren la aplicación efectiva de las distintas generaciones de los derechos humanos – así como la defensa de esos derechos en un Estado democrático con limitaciones de recursos financieros – implica importantes cuestiones que deben ser objeto de reflexión y ponderación por parte de quienes aplican el derecho.

Históricamente, los derechos humanos surgen como derechos civiles opuestos a la acción invasiva del Estado, en la esfera de las libertades individuales y del patrimonio privado, y exigen, por lo tanto, la abstención estatal. Sin embargo, como los derechos nunca llegan a ser exhaustivos, pues surgen y evolucionan dentro de determinado contexto social, se desarrollaron nuevas generaciones de derechos que pasaron a integrar el conjunto de los derechos humanos. Según Norberto Bobbio (2004, p. 53), los derechos consagrados por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 representan “una síntesis del pasado y una inspiración para el porvenir: pero sus tablas no han sido esculpidas de una vez para siempre”, pues tales derechos son históricos y constituyen un conjunto permanentemente abierto a nuevas articulaciones, especificaciones y actualizaciones.

Así, se pasó del “Estado liberal de derecho” al “Estado de bienestar social”, con la respectiva tutela de otros derechos como la salud, la educación, la vivienda, la defensa del medio ambiente, entre otros. Esta situación llevó a demandar del Estado una actuación positiva-reguladora y, a veces, interventora en la realidad social y económica. Surgen algunas controversias sobre la efectividad de los derechos sociales y económicos, pues muchos defienden que su promoción depende exclusivamente de la acción política de los Poderes Ejecutivo y Legislativo; por lo tanto, no le correspondería al Poder Judicial tutelar tales derechos cuando ello acarree obligaciones al Poder Legislativo, que es autónomo en sus juicios de oportunidad y de conveniencia. El problema que se plantea es: ¿hay argumentos jurídicos aceptables para la no garantía judicial de esos derechos? Esto es, ¿el Poder Judicial, como poder del Estado, se puede abstener de asegurar derechos capaces de dotar a los ciudadanos de las condiciones mínimas de existencia, especialmente en el contexto de una sociedad profundamente desigual como la brasileña?

En última instancia, se trata de la relevante cuestión de la indivisibilidad

de los derechos humanos. A pesar de las diferentes clasificaciones que reciben, sean estos derechos civiles o políticos (a la vida, a la libertad, a la igualdad o a la igual participación política) o derechos económicos y sociales (a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la salud), los derechos humanos son complementarios e interdependientes. En este sentido, podemos citar la resolución de la Asamblea General de la ONU n. 32, de 1977, que asevera la indivisibilidad de los derechos humanos y su carácter inalienable, además de ratificar la obligatoriedad de los derechos económicos y sociales (véase Mello, 2001, t. I, p. 816).

La Declaración de Viena sobre Derechos Humanos, de 1993, reitera la concepción indivisible de los derechos humanos al afirmar, en el párrafo 5°, la universalidad, la interdependencia y la interrelación entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales. La garantía integral de la dignidad de la persona humana presupone la efectividad de todos esos derechos. Por consiguiente, el ejercicio de la ciudadanía se vería perjudicado si, aun cuando se garantizara el derecho al voto, no existiera la misma garantía en relación con una educación y una salud públicas de calidad.

Sobre la base de estas consideraciones, cabe observar la posición de los 105 jueces que respondieron a la siguiente pregunta: “¿Cree que los derechos humanos económicos y sociales se pueden exigir judicialmente de la misma forma que los derechos humanos civiles y políticos?”. Para un pequeño número de estos jueces, la aplicación judicial de los derechos económicos y sociales no se puede dar de la misma forma que la de los derechos civiles y políticos. También una minoría de estos cree que el Poder Judicial no debe interferir en el sentido de promover la realización de los derechos de segunda generación, con el argumento de que no le corresponde al Poder Judicial la implementación de políticas públicas. Otros, incluso, creen que la tutela de esos derechos es de competencia de los demás poderes de la república o que tal aplicación daría como resultado el fenómeno del juez-legislador. Sin embargo, la amplia mayoría de los jueces (79%) defiende la aplicación complementaria de los derechos económicos y sociales y de los derechos civiles y políticos. Además, consideran que incluso aquellos derechos que imponen una actuación estatal deben ser judicialmente tutelados. Por lo tanto, gran parte de los jueces entrevistados, aproximadamente el 80%, otorga a los derechos humanos, por lo menos teóricamente, la condición de normas plenamente aplicables y considera que deben ser garantizadas por medio de decisiones judiciales, incluidas aquellas que puedan interferir en el presupuesto estatal.

Aplicación de las normas de derechos humanos

En la investigación realizada, una de las cuestiones más significativas fue la referida a la justiciabilidad de los derechos humanos revelada en la actuación

del juez en procesos cuyo desenlace dependiera de normas de tal naturaleza (véase el Gráfico 4).

Se buscó indagar el reconocimiento, por parte de los entrevistados, de la presencia de normas de derechos humanos en los casos bajo su examen, ya que estas se ponen de manifiesto de múltiples formas en el ordenamiento jurídico brasileño, pues configuran verdaderos desdoblamientos normativos de la tutela jurídica de la dignidad.

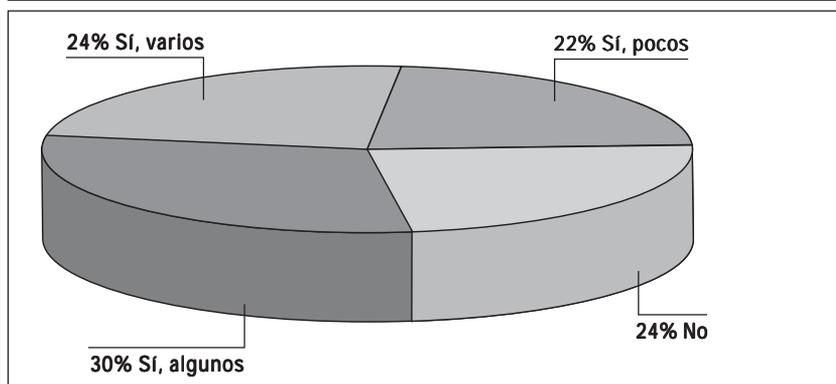
Interrogados sobre la actuación en procesos en los cuales incidieran normas de derechos humanos, el 24% de los jueces respondió en forma negativa. Otro 24% reveló haber actuado en varias acciones con aplicabilidad de normas de esa naturaleza; un 30% informó haber actuado en algunos procesos en los que las normas de derechos humanos eran aplicables, mientras que un 22% afirmó haber actuado en pocos casos en los que las normas de derechos humanos eran aplicables.

Se observa, entonces, que el 52% de los jueces entrevistados actuó esporádicamente en el juzgamiento de demandas en las que eran aplicables normas de derechos humanos. De esta forma, el 76% de los jueces solo ocasionalmente actuó en tales acciones, o bien nunca ejerció su oficio en ellas. Por otro lado, paradójicamente, la mayoría de los jueces entrevistados declaró que los derechos humanos son normas plenamente aplicables en el ordenamiento jurídico brasileño, pero que, sin embargo, no se aplican efectivamente por no ser inmanentes a los casos judiciales que les fueron sometidos.

Cabe destacar, no obstante, que no se puede considerar verdadera tal inferencia. De hecho, gran parte de las controversias sometidas a la apreciación del Poder Judicial versa sobre conflictos cuya esencia se sitúa exactamente en el ámbito de los derechos humanos y, muchas veces, involucra precisamente

GRÁFICO 4

¿Actuó alguna vez en algún juicio en el que las normas de derechos humanos fueran aplicables?



los derechos fundamentales. De este modo, se vislumbra la hipótesis del desconocimiento de los derechos humanos: en razón de su poca intimidad con el concepto general y con las normas de derechos humanos, los entrevistados tendrían velada su percepción y ello dificultaría el reconocimiento de los casos relacionados con la materia en cuestión.

No se puede olvidar, por otro lado, que en cualquier caso concreto sometido al Poder Judicial el juzgador deberá considerar todo el ordenamiento jurídico y, de ese modo, promover una interpretación sistemática. Esto es así porque las normas jurídicas no son los textos ni el conjunto de ellos, sino los sentidos construidos a partir de la interpretación sistemática de textos normativos. De tal suerte, en cualquier demanda sometida al juez, este debe tener en cuenta la dignidad de la persona humana, verdadero valor fundamental del Estado democrático brasileño consignado en el inciso III del Artículo 1° de la Carta Constitucional de 1988.

Así, parece razonable que cuando esté en cuestión una situación subjetiva existencial, la norma jurídica se construya en función de los derechos humanos, sean estos oriundos de la Constitución o de normas internacionales, aunque puedan contemplarse en tales casos diferentes niveles de intensidad de esa vinculación (véase Sarlet, 2002, p. 85). La falta de reconocimiento de tal aplicabilidad puede estar, por lo tanto, relacionada con un conocimiento precario del tema, o incluso con su desconocimiento.

Acciones afirmativas

Uno de los principios más caros consagrados en la Constitución Nacional de 1988 es el de la isonomía, grabado en el *caput** del Artículo 5°, según el cual todos deben ser sometidos a las mismas reglas jurídicas. Sin embargo, hay que tener presente que el principio de la isonomía fue, históricamente, una conquista de las revoluciones francesa y norteamericana de fines del siglo XVIII que perseguía abolir los privilegios de la nobleza y del clero.

Si bien en aquel momento fue importante la formalización de ese principio de igualdad, con el correr del tiempo se observó que la mera consagración del derecho en la ley no garantiza que los individuos tengan las mismas oportunidades de acceso efectivo a las prerrogativas existentes en la sociedad. Como ejemplo se puede citar la dicotomía entre las instituciones públicas gratuitas y las privadas en lo que atañe a la enseñanza elemental y media brasileña. Mientras que las primeras ofrecen una enseñanza precaria a los estudiantes que poseen pocos recursos financieros, las instituciones privadas, en su mayoría, brindan una educación de excelencia a los estudiantes más

*El *caput* se refiere a la primera y principal cláusula del artículo, en la Constitución brasileña. [NT]

puedientes. Paradójicamente, la situación se invierte en el ingreso a la universidad: la gran mayoría de los estudiantes que logra ingresar en instituciones públicas gratuitas de enseñanza superior, consideradas de excelencia, provienen de instituciones privadas de enseñanza media.

Por otro lado, las instituciones siempre hicieron la selección para el ingreso en las carreras universitarias basándose tan solo en el conocimiento del candidato sobre los contenidos de la evaluación. No se tenían en cuenta las desigualdades históricas y tampoco las diferenciadas posibilidades de acceso a la enseñanza por parte de los estudiantes. Se estableció entonces en algunas universidades brasileñas una controvertida política de reserva de cupos, en la que se tuvieron en cuenta, inicialmente, criterios socioeconómicos y, más tarde, parámetros étnicos, siempre observado el orden de calificaciones de los candidatos en su categoría, obtenida a partir del puntaje del examen.

La situación descrita es solo una de las abarcadas por la política de acción afirmativa, que denota una búsqueda de superación del modelo liberal mediante la actuación social de la institución pública. Así, la igualdad pasa a concebirse en su doble dimensión: formal y material. Del tratamiento formal conferido al principio de isonomía – expresado en la máxima “todos son iguales ante la ley” – se pasa a la tentativa de materializar las garantías. En este contexto, “el Estado abandona su tradicional posición de neutralidad y de mero espectador de los embates que se traban en el campo de la convivencia entre los hombres y pasa a actuar activamente buscando la concretización de la igualdad positivada en los textos constitucionales” (Gomes, 2001, p. 20).

Se puede decir, entonces, que las políticas públicas de acción afirmativa procuran combatir las desigualdades político-sociales, y consisten en cualquier medio de incentivo que lleve a distribuir derechos que, de otro modo, los grupos discriminados no lograrían obtener. Pero es importante destacar que esto se da en el ámbito del orden constitucional brasileño vigente, que textualmente se inserta en el Estado democrático de Derecho, que concibe al desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos que deben regir una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios.

Con esa perspectiva, adquirió relevancia interrogar a los jueces acerca de la constitucionalidad o no de las acciones afirmativas, ya que estas se presentan como un medio apto para la materialización de los derechos humanos.

Como se observa en la Tabla 3, el 22,9% de los jueces dijo que considera inconstitucionales las políticas de acción afirmativa porque vulneran el principio de isonomía, lo que revela que consideraron tan solo la igualdad en su sentido formal. De los entrevistados, un 10,5% no quiso opinar, mientras que el 66,7% opinó a favor de la constitucionalidad de las acciones afirmativas en razón de la necesidad de superar desigualdades sociales históricas.

Estos datos permiten concluir que si bien la concepción jurídica acerca

de la isonomía es todavía dicotómica, es, sin embargo, preponderante su dimensión material, pues una significativa mayoría de los entrevistados demuestra haber incorporado el principio del Estado democrático de Derecho, presente a lo largo de todo el texto constitucional y expresamente consignado en el Artículo 1° de la Carta Constitucional.

Cabe resaltar, además, que el juicio a favor de la constitucionalidad no implica necesariamente la concordancia política con las acciones afirmativas, sino tan solo su admisibilidad en el plano jurídico-constitucional.

Sistemas de protección de la ONU y de la OEA

Con el advenimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos (diciembre de 1948) y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (abril de 1948), comenzaron a desarrollarse los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos de la ONU y de la OEA.

El Sistema de Protección de la ONU está constituido tanto por normas de alcance general, teniendo en vista a todos los individuos de forma genérica y abstracta, como de normas de alcance especial, destinadas a sujetos específicos y a violaciones que necesitan respuestas diferenciadas. El Brasil ratificó la mayoría de estos instrumentos de protección, entre ellos: la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el 27 de marzo de 1968; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el 1 de febrero de 1984; la Convención sobre los Derechos del Niño, el 24 de septiembre de 1990; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el 24 de enero de 1992; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el 24 de enero de 1992. Sin embargo, el Brasil no reconoce la competencia de sus órganos de supervisión y monitoreo en el caso de denuncias individuales, como el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura. En cuanto al Comité contra la

TABLA 3

En principio ¿qué opina sobre las políticas de acción afirmativa?				
Opinión	Frecuencia	Porcentaje	Frecuencia acumulada	Porcentaje acumulado
Total	105	100		
Son inconstitucionales, pues vulneran el principio de isonomía	24	22,9	24	22,86
Son constitucionales, en función de la necesidad de superar desigualdades sociales e históricas	70	66,7	94	89,52
NR	11	10,5	105	100,00

Discriminación Racial, el Brasil reconoció su competencia en 2002 mediante el Decreto Legislativo 56, que adquirió plena efectividad en 2003 por medio del Decreto Presidencial 4.738. Se trató, sin dudas, de un importante avance en la lucha contra la discriminación racial.

Además del Sistema de Protección de la ONU existe, en el plano regional, el Sistema de Protección Interamericano. Ambos tutelan los mismos derechos y cabe a la víctima la elección del instrumento más propicio; además, se complementan al procurar una garantía adicional para una mayor promoción y efectivización de los derechos fundamentales a la dignidad del ser humano. Complementan este marco otros dos sistemas regionales, el europeo y el africano.

Indagados los jueces acerca de su conocimiento sobre el funcionamiento de los Sistemas de Protección de la ONU y de la OEA, se obtuvieron los porcentajes expuestos en el Gráfico 5: el 59% tiene un conocimiento superficial, mientras que el 20% no sabe cómo funcionan los Sistemas de Protección.

Si consideramos los porcentajes más altos, en los que el primero corresponde a un conocimiento superficial y el segundo a un desconocimiento de los sistemas, tenemos que el 79% de los jueces no está informado sobre los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos. Tal desconocimiento constituye un obstáculo para la plena efectivización de los derechos humanos en la acción cotidiana del Poder Judicial, pues esa falta de información está íntimamente ligada a la no aplicación de las normativas relativas a los derechos humanos.

Ante la pregunta sobre su conocimiento acerca de las decisiones de las cortes internacionales de protección de los derechos humanos, el 56% de los jueces respondió que eventualmente posee tales informaciones; el 21% respondió que raramente las tiene; el 10% nunca obtuvo información acerca de tales decisiones, y solo el 13% respondió tener a menudo alguna información (véase el Gráfico 6). No hay dudas de que este porcentaje de solo 13% para los jueces que frecuentemente tienen acceso a tales decisiones es muy reducido para la promoción real de una cultura de los derechos humanos.

Cuando se los interrogó sobre la posibilidad de que el conocimiento de esas decisiones auxilie y enriquezca sus sentencias, la respuesta de un 50% de los jueces entrevistados fue que sí; un 41% dijo que tal vez; y un 9% respondió que no (véase el Gráfico 7). Así, aunque pocos conozcan el contenido de estas decisiones, la mayoría opina que sería relevante informarse al respecto. Sería importante la institucionalización de canales de divulgación de las decisiones de las cortes internacionales de derechos humanos en el ámbito de la *comarca* de Rio de Janeiro, incluso como parte de un proceso que busque mayor efectividad y aplicabilidad de tales derechos.

GRÁFICO 5

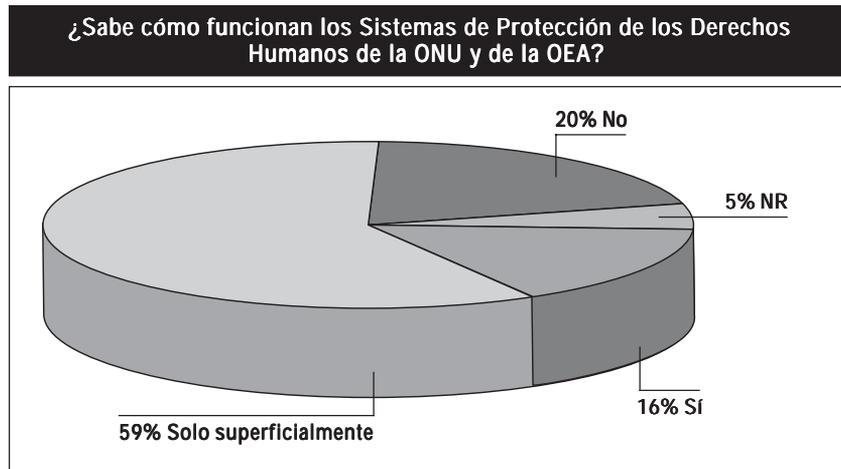


GRÁFICO 6

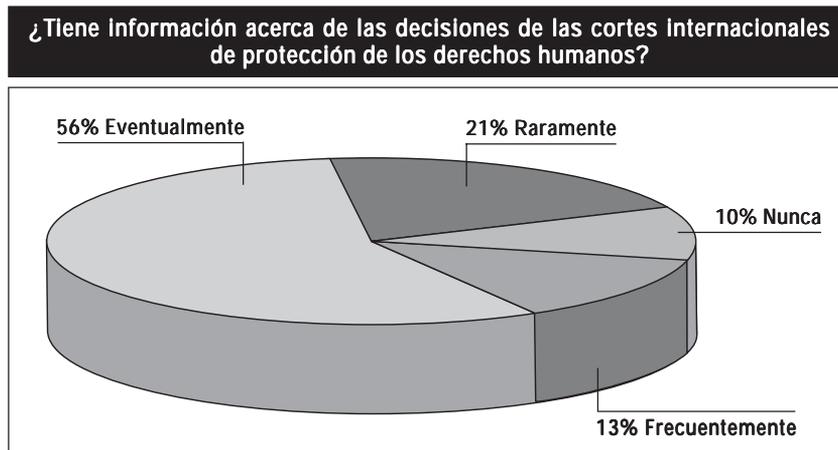
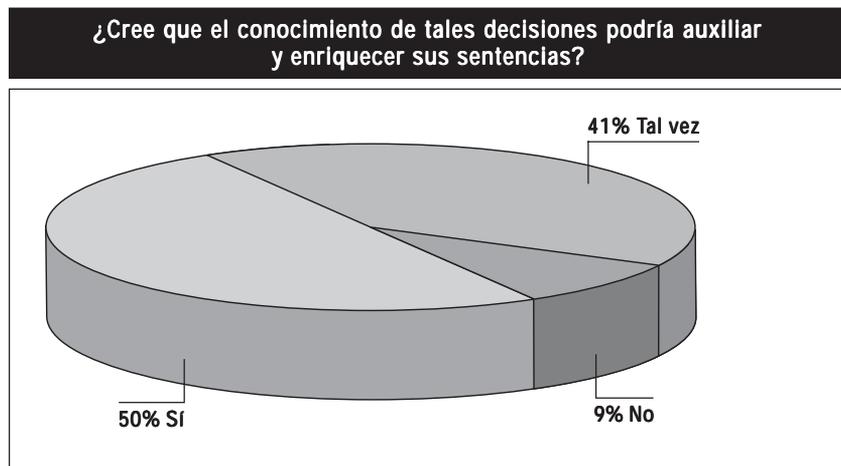


GRÁFICO 7



Utilización específica de las normas de derechos humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, el 16 de diciembre de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos ratificados por el Brasil mediante el Decreto Legislativo n. 226 (12 de diciembre de 1991) y promulgados por el Decreto n. 592 (6 de diciembre de 1992). Se puede afirmar que el PIDCP se aproxima a las primeras declaraciones del Estado liberal, al tiempo que el PIDESC se coaduna directamente con las cartas del Estado de bienestar social. Ambos textos especifican el contenido de la Declaración Universal de 1948; además, la elaboración de dos pactos, y no de uno solo, como bien resalta Fabio Konder Comparato (1999, pp. 276 y ss.), fue producto de la natural divergencia entre los dos bloques de países, capitalista y socialista, en el auge del sistema bipolar característico de la época.

En lo que atañe al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se observó que solo el 5% de los jueces lo aplican con constancia. En el camino opuesto, el 74% nunca lo utilizó y el 19% lo hace raramente (véase el Gráfico 8). Los datos son todavía más preocupantes en relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (véase el Gráfico 9). Solo el 3% de los jueces lo utiliza frecuentemente en sus sentencias; el 20% raramente lo hace y el 75% nunca empleó esa normativa en la solución de litigios.

Causa cierta sorpresa la constatación de que solo un 5% de los jueces utiliza el PIDCP, o que cerca del 75% de ellos nunca haya aplicado el PIDESC. Además de todas las cuestiones materiales y morales involucradas, es necesario incluso considerar que la aplicación de las normativas de derechos humanos tiene una función no solo jurídico-formal, sino también **simbólica**. Aplicarlas es demostrar que los agentes públicos y la propia comunidad están atentos al hecho de que la tutela y la promoción de los derechos humanos se desarrollan en dos dimensiones íntimamente relacionadas: la nacional y la internacional.

Convención Americana y Protocolo de San Salvador

El sistema de derechos humanos de la OEA afirmó la responsabilidad internacional del Estado ante las violaciones de derechos de esta naturaleza. Así, el Estado es responsable internacionalmente cuando invade la esfera jurídicamente protegida de un sujeto. Se crearon la Comisión y la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, formadas por personas imparciales e independientes, con el fin de evitar la selectividad del sistema e impedir que el Estado ofendido sea simultáneamente juez y parte en el mismo juicio.

Sobre este tema, el 66% de los jueces afirmó que no utiliza la convención mencionada (véase el Gráfico 10). Esta constatación revela que, a pesar de los significativos avances de la comunidad internacional en el establecimiento de un consenso mínimo sobre los derechos humanos y en la creación de herramientas normativas para asegurarlos en la práctica, muchos jueces aún ignoran este proceso y sus conquistas para el fortalecimiento de la democracia.

El Sistema Interamericano, a su vez, inicialmente relegó a un segundo plano los derechos económicos, sociales y culturales. En función de esto se adoptó el 17 de noviembre de 1988 el Protocolo Adicional a la Convención Americana de

GRÁFICO 8

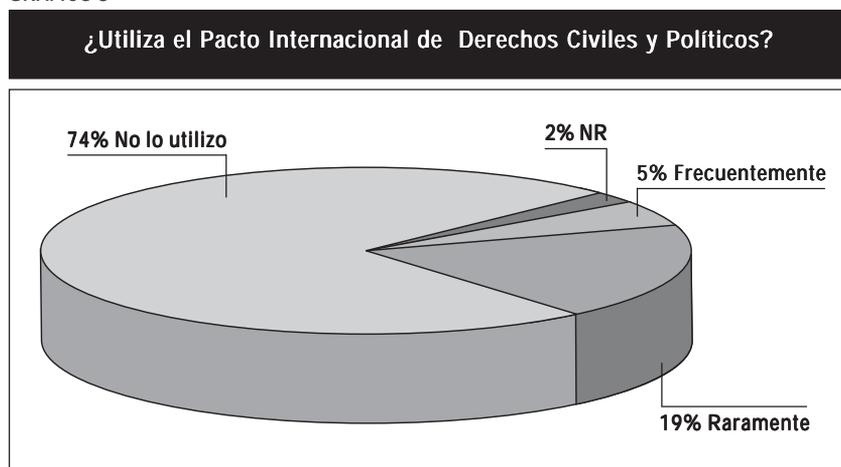
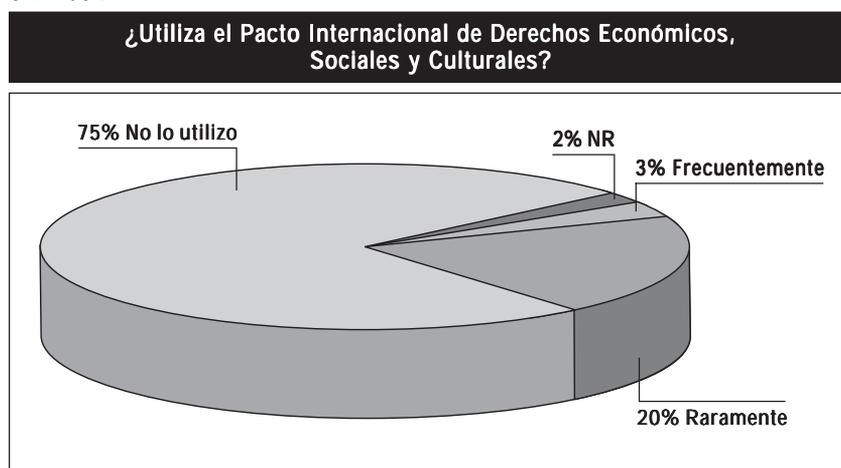


GRÁFICO 9



Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador.⁶

Se puede observar en el Gráfico 11 que a la pregunta referente al Protocolo de San Salvador, el 93% de los jueces afirmó que no lo utiliza o lo hace raramente. Ahora bien, es preocupante cuando se confronta esta información con la realidad brasileña, marcada por profundas desigualdades sociales. No hay duda de la importancia de los derechos económicos, sociales y culturales como forma legítima de garantizar un mínimo de bienestar social.

Es curioso notar cómo el 79% de los jueces afirmó que considera las normas de derechos económicos, sociales y culturales tan eficaces y aplicables como aquellas que aseguran derechos civiles y políticos; sin embargo, en la práctica no recurre a tales normas para fundamentar sus decisiones.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

Impulsada por relevantes factores históricos de la década de 1960 – entre ellos el ingreso de 17 nuevos países africanos en las Naciones Unidas, la realización de la Primera Conferencia Cumbre de los Países No-Alineados en Belgrado (1961) y el resurgimiento de actividades nazifascistas en Europa – la ONU adoptó, el 21 de diciembre de 1965, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, ratificada por el Brasil el 27 de marzo de 1968.

La referida convención es parte del denominado Sistema Especial de Protección de los Derechos Humanos. Especial porque, al contrario del sistema general, que apunta a la protección de cualquier persona, abstracta y genéricamente considerada, el Sistema Especial de Protección de los Derechos Humanos está destinado a un determinado sujeto de derecho, considerado en su especificidad y en el ámbito concreto de sus relaciones sociales. Este sistema tendría una función complementaria al sistema general, con vistas a la protección y la promoción de la igualdad de grupos e individuos históricamente discriminados. Está basado en un principio de equidad, según el cual se debe otorgar un tratamiento diferenciado a determinados grupos o individuos, contribuyendo a la superación de desigualdades. Adviértase la ausencia de cualquier normativa internacional en el plano de la OEA para la eliminación de formas de discriminación racial.

En relación con la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la investigación registró que el 75% de los jueces afirmó que nunca la utiliza, mientras que el 15% raramente recurre a esa normativa internacional (véase el Gráfico 12). Tal resultado es especialmente

6. Adoptado por el Brasil mediante el Decreto Legislativo n. 56/95 y el Decreto Ejecutivo n. 3.321/99.

GRÁFICO 10

¿Utiliza la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

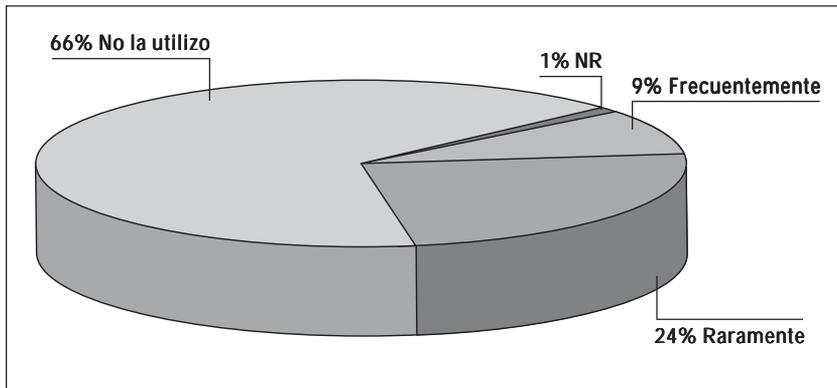


GRÁFICO 11

¿Utiliza el Protocolo de San Salvador?

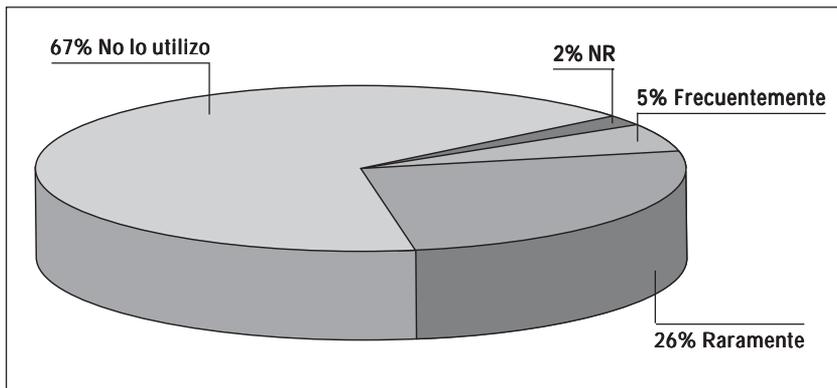
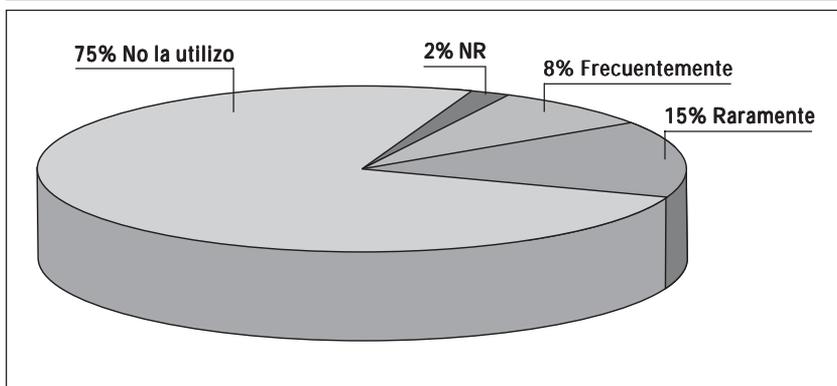


GRÁFICO 12

¿Utiliza la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial?



preocupante en un país donde cotidianamente todavía pueden observarse comportamientos racistas. El primer paso para eliminar el racismo de nuestra realidad social es el reconocimiento de que el problema existe y merece un tratamiento urgente; una cuestión que no puede ser ajena al Poder Judicial. En este sentido, no usar tal Convención es renunciar a un poderoso instrumento de combate al racismo en todas sus manifestaciones. No se trata de ignorar el papel fundamental de la Constitución en este tema, sino de sumar a ella un importante instrumento en la lucha contra el racismo.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Hombres y mujeres son iguales en derechos y en obligaciones. Así lo dispone el inciso I del Artículo 5° de la Constitución Nacional, lo que demuestra la preocupación de los constituyentes originarios en corregir una situación que permanece incrustada en las prácticas cotidianas más comunes. En pleno siglo XXI, es un hecho que las mujeres aún no gozan del mismo tratamiento destinado a los hombres, a pesar de la maduración doctrinaria y legislativa incuestionable de las últimas décadas.

En la presente investigación se observó que solo un 8% de los jueces aplica en el plano concreto la Convención de la ONU sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, así como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de la OEA (véanse los Gráficos 13 y 14). Al contrario, el 73% nunca recurrió a tales convenciones y el 17% lo hizo solo algunas veces. Este resultado puede interpretarse como óbice para la real efectivación de los derechos fundamentales y, también, como barrera para la consagración práctica de la isonomía entre el hombre y la mujer. Esta solo puede alcanzarse por medio de la conjugación de dos movimientos paralelos: uno cultural, más complejo y de largo plazo; y otro jurídico, de resultados más inmediatos, concerniente a la valorización y a la aplicación de la legislación existente.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

La Declaración Universal de 1948 es ciertamente el texto más importante en cuanto a la eliminación de la práctica de la tortura. A partir de ahí, el repudio a tal práctica fue reafirmado por una serie de pactos y convenciones de alcance general: la Convención Europea de Derechos Humanos (4 de noviembre de 1950); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966); la Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José

de Costa Rica – (22 de noviembre de 1969); la Convención de la ONU contra la Tortura (1984); y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985). Así, la tortura quedó reconocida como delito previsto en el derecho internacional positivo, por lo que se impone a los Estados la obligación de reprimirla y la de prever penas a los violadores de la norma.

En sus Artículos 1.III, 4.II, 5.I y 5.II, la Constitución brasileña de 1988 demuestra su inserción en la tendencia de las demás Constituciones de América Latina, en el sentido de conceder tratamiento especial o diferenciado a los derechos y garantías internacionalmente consagrados. Sin embargo, al ser interrogados sobre la aplicación de tales convenciones, solo el 10% de los jueces afirmó que utiliza frecuentemente la Convención Interamericana contra la Tortura y el 11%, la Convención del Sistema de Protección de la ONU. Un porcentaje un poco mayor declaró que raramente usa estas convenciones, respectivamente el 16 % y el 14%, mientras que el 1% y el 2% no dieron respuesta. Ahora bien, el porcentaje de no

GRÁFICO 13

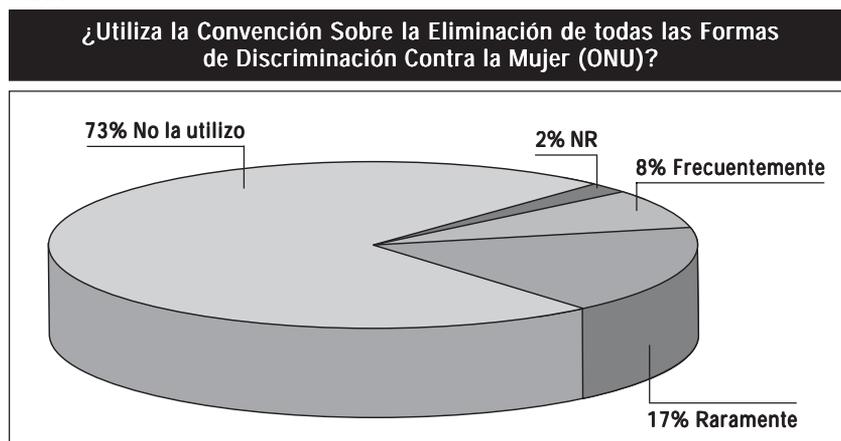
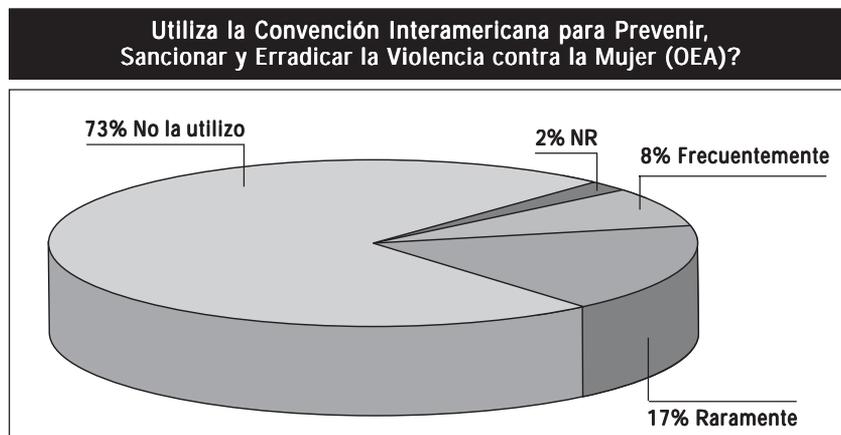


GRÁFICO 14



utilización de estas convenciones en las sentencias dictadas por los jueces es altísimo, 73 % (véanse los Gráficos 15 y 16).

A pesar de que tales normas crean derechos para los ciudadanos brasileños y obligaciones para el Brasil ante la comunidad internacional, de poco valen si los operadores del derecho se mantienen silentes.

Convención sobre los Derechos del Niño

Tras la Declaración de los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1959 y del Año Internacional del Niño en 1979, surgió la doctrina de la protección integral de la infancia expresada por medio de la Convención sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989). Ya preconizaba la Declaración, en 1959, que “la humanidad debe dar al niño lo mejor de sus esfuerzos”, fijando así el compromiso moral que se debía asumir con las generaciones futuras. Sin embargo, la realidad histórica se mostró especialmente cruel con la población infanto-juvenil. Así, por ejemplo, todos los años, millares de niños se ven obligados a abandonar la escuela para ayudar a sustentar a su familia.

El trabajo de campo reveló, conforme lo expresa el Gráfico 17, que solo el 30% de los jueces de las *varas* estudiadas aplican dicha Convención, número obtenido por la sumatoria del 12% que la utiliza constantemente y el 18% que lo hace raramente. Por otro lado, el 68% jamás protegió la situación de los niños brasileños basándose en la normativa. El Brasil cuenta con la ley 8.069/90 que establece el Estatuto del Niño y del Adolescente (ECA), una avanzada y sofisticada legislación de protección a la infancia y a la juventud. Aun así, no hay motivos para que no se aplique la Convención, especialmente si se considera la importancia simbólica de la utilización de los sistemas Interamericano y de la ONU de protección de los derechos humanos.

El contexto social e histórico antes delineado pone de relieve la importancia y la necesidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño ratificada por el Brasil el 24 de septiembre de 1990. Vale registrar que, hasta el presente, los únicos países que no ratificaron la Convención fueron los Estados Unidos y Somalia.

Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad

La constitución de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios, fundada en la armonía social, como prescribe el preámbulo de la Constitución brasileña de 1988, exige de todas las personas un esfuerzo radical de reconocimiento y respeto a las diferencias. En el caso específico de las personas con discapacidad, la demanda de respeto no es solo de orden moral, en el sentido de sustituir sentimientos de

GRÁFICO 15

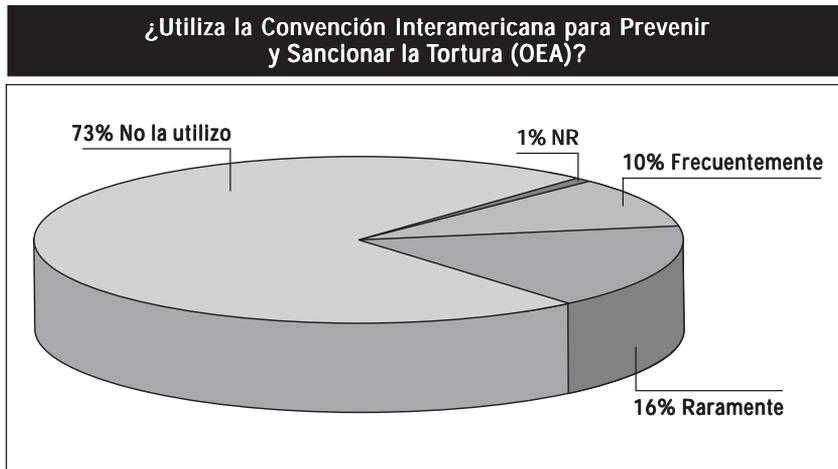


GRÁFICO 16

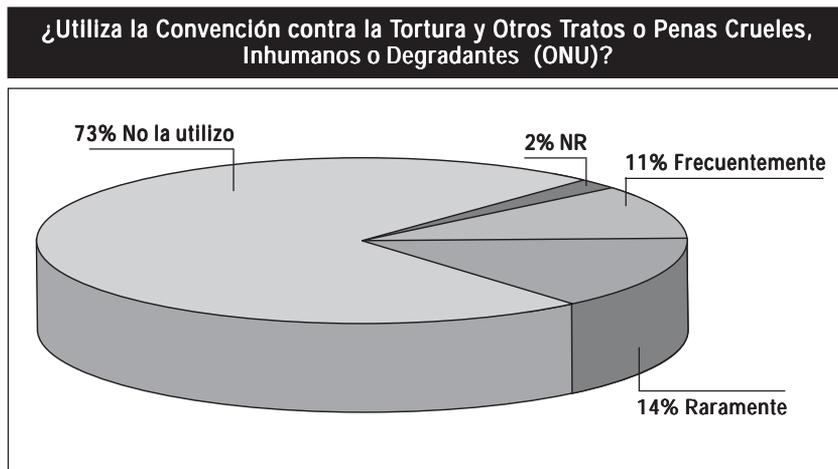
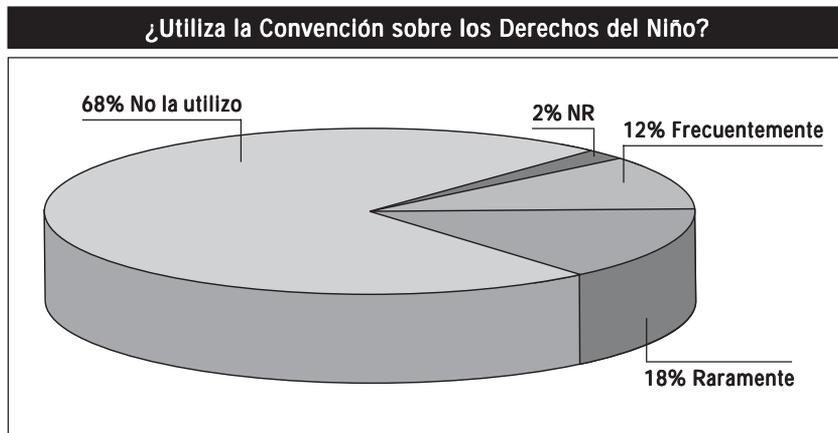


GRÁFICO 17



conmiseración por otros de solidaridad, sino de orden social y político, en el sentido de sustituir los discursos retóricos por acciones efectivas de inclusión.

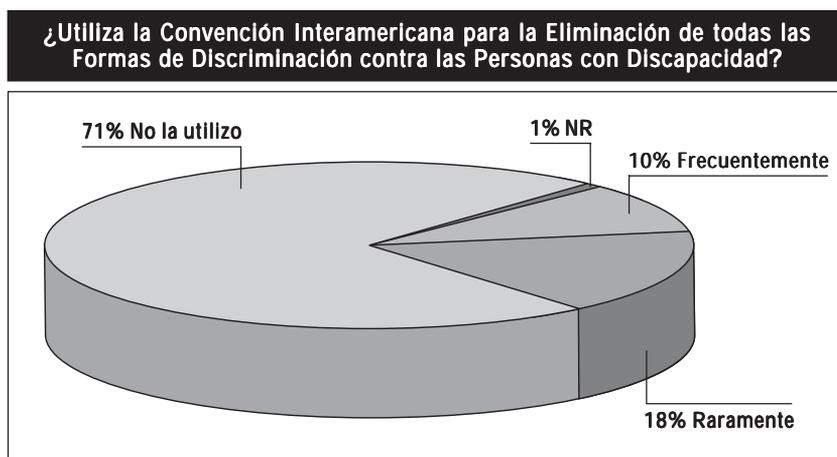
Para ello es necesario que se lleven a cabo políticas con vistas a la superación de las numerosas barreras que enfrentan las personas con distintos tipos de discapacidad, desde el acceso a la enseñanza hasta la inserción en el mercado de trabajo. Esta es exactamente la línea seguida por el ordenamiento jurídico cuando presenta, en la propia Constitución, dispositivos especiales para estas personas (Artículos 7°, 23, 37 y 203).

Con estos dispositivos, la Constitución poseía todas las condiciones para incorporar la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Así, la referida Convención fue ratificada por medio del Decreto Legislativo 198/2001 y del Decreto Ejecutivo 3.956/2001. Sin embargo, aún no se popularizó entre los operadores del derecho como instrumento eficaz en la lucha por los derechos de las personas con discapacidad, como revelan los datos de la investigación (véase el Gráfico 18).

Indagados sobre el uso de la Convención para fundamentar sus sentencias, solo el 10% de los jueces afirmó utilizarla frecuentemente. Del total de los jueces entrevistados, el 71% respondió que nunca recurrió a ella y el 18% que raramente la utiliza.

En un país con cerca de 24 millones de personas con algún tipo de discapacidad⁷ y tan pocas políticas sociales efectivas de superación de barreras, es realmente impresionante que una herramienta jurídico-social tan importante como esta Convención tenga un índice de aplicación tan bajo. Se puede plantear, en una hipótesis explicativa, la conjunción de dos variables fundamentales: (1)

GRÁFICO 18



7. Cf. IBGE, Censo Demográfico 2000.

bajo nivel de demandas judiciales destinadas a la garantía de los intereses de las personas discapacitadas; (2) bajo nivel de conocimiento de los jueces acerca de las normas de los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos de los que el Brasil es signatario.

Variables determinantes de la aplicación de los derechos humanos

La elección de modelos de regresión como herramienta para subsidiar el análisis de los datos mencionados está relacionada con su aplicabilidad en tests de hipótesis, utilizados para testar si la efectivización de los derechos humanos en la *comarca* del estado de Rio de Janeiro está influenciada por las características del juez, su formación y su concepción acerca del tema.

Para el ajuste de los modelos logísticos multinominales, se adoptó como variable respuesta una indicadora del uso de la normativa en el fundamento de las sentencias dictadas. Tal variable se construyó a partir de las respuestas “frecuentemente”, “raramente” o “no [la/lo] utilizo” dada a cada una de las once normativas aplicadas en la investigación.

La variable indicadora fue considerada “frecuentemente” cuando tal respuesta ocurría en por lo menos una de las normativas mencionadas. Se consideró “raramente” cuando no había ninguna respuesta igual a “frecuentemente” y por lo menos una igual a “raramente”. La respuesta “no [la/lo] utilizo” fue asociada siempre que había tal respuesta para todas las normativas mencionadas.

El procedimiento adoptado para el modelado de los datos consistió en aplicar tests de hipótesis acerca de la contribución de cada variable para el poder de explicación del modelo, en un nivel de 5% de significancia. Las variables consideradas significativas, en el nivel fijado, fueron utilizadas en la composición de un único modelo y se aplicaron nuevos tests de hipótesis. Por fin, al excluir las variables que junto con las demás no contribuyeron significativamente para el poder de explicación del modelo, se obtuvo el modelo ajustado.

Los valores de las estadísticas⁸ utilizadas para medir la significancia de cada variable en los respectivos modelos se pueden ver en la Tabla 4. Como resultado del test de hipótesis, cuyas estadísticas y respectivos p-valores se muestran en esa tabla, se concluyó que pueden contribuir, en el nivel de significancia de 5%, para explicar la utilización de las normativas en la fundamentación de las sentencias, las siguientes variables: (a) tipo de *vara*; (b) raza o color del juez; (c) tipo de escuela donde cursó la mayor parte de la enseñanza media; (d) dónde cursó la carrera de grado; (e) si le gustaría hacer cursos de derechos humanos; (f) si sabe cómo funcionan los sistemas de protección internacional de los derechos humanos de la ONU y de la OEA; (g)

8. Estas estadísticas de test se obtuvieron con el empleo de la PROC GENMOD del SAS.

TABLA 4

Estadísticas de test de significancia de las variables para el modelo con 24 variables (Modelo 1)				
Estadísticas de RL para análisis de tipo 1				
Categorías	Desviación	GL	Chi-cuadrado	Prob > Chi-cuadrado
Tipo de vara	399,7911	5	17,10	0,0043
Sexo (2)	427,4586	1	3,26	0,0708
Edad (3)	433,6336	3	0,18	0,9814
Color de piel (4)	382,3783	3	25,80	<,0001
Tiempo de desempeño en el cargo (5)	425,2816	3	4,35	0,2259
Tiempo en el tipo de vara (6)	417,8612	4	8,06	0,0893
Enseñanza Media (7)	417,6860	3	8,15	0,0430
Carrera de grado (8)	383,2655	14	25,36	0,0312
DH en la carrera de grado (9)	427,7312	2	3,13	0,0794
Estudió DH (10)	430,8308	1	1,58	0,2091
Le gustaría estudiar DH (11)	413,0721	4	10,46	0,0334
Participación en ONG (12)	430,2227	3	1,88	0,5974
Sistema ONU/OEA (13)	403,1920	3	15,40	0,0015
Decisiones cortes internacionales (14)	425,4045	3	4,29	0,2317
Enriquecer sentencias (15)	421,3918	2	6,30	0,0429
Orden de desalojo (16)	428,7396	2	2,62	0,2694
Acción afirmativa (17)	428,0307	2	2,98	0,2257
Privación de libertad (18)	425,1317	3	4,43	0,2189
DH Son (19)	429,4057	4	2,29	0,6826
DHES y DHCP (20)	433,7453	2	0,12	0,9417
Tutela DH y gasto ejecutivo (21)	433,2650	2	0,36	0,8351
Irrealizabilidad de los DH (22)	431,0908	3	1,45	0,6944
DH aplicables (23)	421,2597	1	6,36	0,0117
Sentencia Corte Interamericana (24)	430,2081	2	1,89	0,3889

si piensa que el conocimiento de las decisiones de las cortes internacionales puede auxiliar o enriquecer sus sentencias; (h) si expediría una orden de desalojo contra reos que no poseen otro inmueble; (i) y si actuó alguna vez en un juicio en el que las normas de derechos humanos fueran aplicables. Así, estas variables se utilizaron en la composición de un único modelo, al que se le aplicó un nuevo test de hipótesis, y se descartaron las demás. Las estadísticas de test calculadas considerándose el modelo con las ocho variables se muestran en la Tabla 5.

El resultado de los nuevos tests de hipótesis, cuyas estadísticas y respectivos p-valores se muestran en la Tabla 5 – si cree que el conocimiento de las decisiones

de las cortes internacionales puede auxiliar o enriquecer sus sentencias y si actuó alguna vez en un juicio en el que las normas de derechos humanos fueran aplicables – , llevó a concluir que el tipo de institución en que el juez cursó la mayor parte de la enseñanza media y la carrera de grado no contribuyó de modo relevante, al nivel de significancia de 5%, para la explicación de la utilización de las normativas para fundamentar las sentencias. Tales variables se descartaron y se buscó ajustar un nuevo modelo que contuviera las cuatro variables restantes, que se muestran en la Tabla 6.

El resultado de los nuevos tests de hipótesis, cuyas estadísticas y respectivos p-valores se muestran en la Tabla 6, llevó a concluir que el hecho de que el juez tenga o no interés en hacer cursos de derechos humanos no contribuye significativamente al nivel de significancia de 5% para explicar la utilización de las normativas para fundamentar las sentencias. Tal variable fue descartada y fue posible concluir que el modelo con solo tres variables explica el comportamiento de la utilización de normativas internacionales de protección de los derechos humanos para fundamentar las sentencias dictadas en el ámbito

TABLA 5

Estadísticas de test de la significancia de las variables para el modelo con 8 variables (Modelo 2)				
Estadísticas de RL para análisis de tipo 1				
Categorías	Desviación	GL	Chi-cuadrado	Prob > Chi-cuadrado
Tipo de vara	4.030,958	5	19,09	0,0018
Color de piel (4)	3.736,788	3	14,71	0,0021
Enseñanza media (7)	3.661,548	3	3,76	0,2883
Carrera de grado (8)	3.250,368	14	20,56	0,1135
Le gustaría estudiar DHS (11)	3.022,778	4	11,38	0,0226
Sistema ONU/OEA (13)	2.699,890	3	16,14	0,0011
Enriquecer sentencias (15)	2.613,929	2	4,30	0,1166
DH aplicables (23)	2.582,670	1	1,56	0,2112

TABLA 6

Estadísticas de test de significancia de las variables para el modelo con 4 variables (Modelo 3)				
Estadísticas de RL para análisis de tipo 1				
Categorías	Desviación	GL	Chi-cuadrado	Prob > Chi-cuadrado
Tipo de vara	4.030,958	5	19,09	0,0018
Color de piel (4)	3.736,788	3	14,71	0,0021
Le gustaría estudiar DHS (11)	3.629,021	4	5,39	0,2497
Sistema ONU/OEA (13)	3.471,050	3	7,90	0,0482

de la *comarca* de Rio de Janeiro, tan bien como los modelos anteriormente probados. Las estadísticas y los respectivos p-valores se muestran en la Tabla 7.

El modelo ajustado con los efectos principales de las tres variables se puede obtener aplicando a la ecuación general los valores estimados de los parámetros presentados en la Tabla 8.

El análisis de los valores estimados de los parámetros permite identificar el tipo de contribución de cada uno de los niveles de los factores para el empleo de las normativas internacionales de protección a los derechos humanos para fundamentar las sentencias dictadas. A continuación presentaremos un análisis para cada uno de los factores.

Tipo de fuero, o vara

La *vara* (o fuero), considerada como unidad de investigación, se encuentra ordenada según las diversas áreas del derecho, lo que facilita la actuación del juez y el acceso a la justicia por parte de la sociedad.

Se observa que la mayoría de las *varas* investigadas pertenece al área civil: son 57, en toda la *comarca*. Siguen en número las *varas* criminales – en total, 19 investigadas – y las de Familia – en total, 15 investigadas. Por último, participaron en la investigación 6 de cada una de las siguientes *varas*: de Hacienda Pública, de Huérfanos y Sucesiones, y “otras *varas*” (véase el Gráfico 19).

Con el objetivo de examinar la concepción y la aplicación de los derechos humanos por parte de los jueces, es fundamental llevar en consideración el tipo de fuero en el que el juez actúa, pues el tema tratado está relacionado directamente con la aplicabilidad de algunas de las normativas mencionadas. En la Tabla 9, los tipos de *vara* están ordenados de manera decreciente según su contribución en la utilización de las normativas internacionales en los fundamentos de las sentencias.

El análisis comparativo de los tipos de *vara* permite afirmar que la

GRÁFICO 19

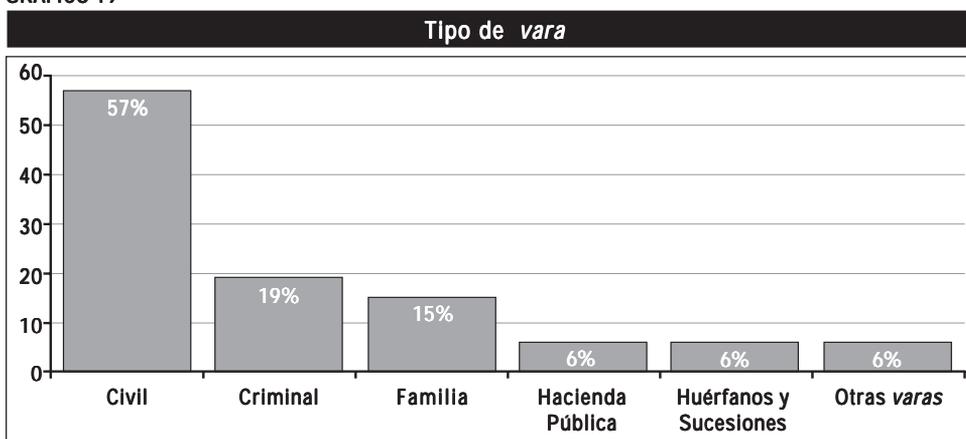


TABLA 7

Estadísticas de test de significancia de las variables para el modelo con 3 variables (Modelo ajustado)				
Estadísticas de RL para análisis de tipo 1				
Categorías	Desviación	GL	Chi-cuadrado	Prob > Chi-cuadrado
Tipo de vara	4.030,958	5	19,09	0,0018
Color de piel (4)	3.736,788	3	14,71	0,0021
Sistema ONU/OEA (13)	3.514,756	3	11,10	0,0112

TABLA 8

Valores estimados de los parámetros y respectivas desviaciones típicas			
Análisis de los parámetros estimados			
Parámetro	Nivel	Estimación	Desviación típica
Tipo de vara	Criminal	0,1605	0,9656
	Otros tipos de <i>vara</i>	0,0000	0,0000
	Familia	-0,7936	0,9862
	Huérfanos y Sucesiones	-0,9415	13,765
	Civil	-11,184	0,8695
	Hacienda Pública	-11,484	12,206
Color de piel o raza	Pardos	14,457	17,588
	No informó	0,0000	0,0000
	Indígenas	-0,9477	23,034
	Blancos	-16,863	15,914
ONU y OEA	Sí	21,475	13,346
	Sólo superficialmente	14,382	11,866
	No informó	0,0000	0,0000
	No	-0,2025	13,468

TABLA 9

Valores estimados de los parámetros y respectivas desviaciones típicas			
Análisis de los parámetros estimados			
Parámetro	Nivel	Estimación	Desviación típica
Tipo de vara	Criminal	0,1605	0,9656
	Otros tipos de <i>vara</i>	0,0000	0,0000
	Familia	-0,7936	0,9862
	Huérfanos y Sucesiones	-0,9415	13,765
	Civil	-11,184	0,8695
	Hacienda Pública	-11,484	12,206

probabilidad de que se empleen frecuentemente las normativas internacionales en el fundamento de las sentencias es mayor cuando se trata de la Justicia Criminal. En el otro extremo, están la Justicia de Hacienda Pública y Civil, que presentan el menor índice de utilización de esta normativa para fundamentar las sentencias. Llama la atención el hecho de que el Estado (Hacienda Pública) y las relaciones entre particulares (Civil) permanezcan al margen de las discusiones en torno del reconocimiento de las diferentes modalidades de eficacia de los derechos fundamentales, tanto en la esfera pública como en la privada.

Entre estos extremos está la categoría “otras *varas*” – que comprende Justicia de la Infancia y de la Juventud y las *varas* únicas de Ejecución Penal, Auditoría Militar, y Registros Públicos –, así como la categoría de Justicia de Familia y la de Huérfanos y Sucesiones, en las que las posibilidades de empleo de las normativas disminuyen gradualmente.

Color de piel o raza

En el análisis descriptivo de los jueces que participaron de la investigación, presentado en la sección anterior, se puede observar que solo un juez declaró considerarse indígena y dos no quisieron informar su color o raza. En efecto, se debe atribuir una mayor importancia a los datos referidos a los de color blanco y pardo. En la Tabla 10, el color o raza de los jueces está ordenado de manera decreciente, según su contribución para el empleo de las normativas internacionales en los fundamentos de las sentencias.

Se observa que entre los de color pardo se dan las mayores probabilidades de que las normativas se utilicen frecuentemente. Por otro lado, entre los blancos se dan las mayores probabilidades de que las normativas **nunca** se utilicen. Tomando como base la categoría que agrega los casos en que el juez no quiso informar su color o raza (“no informó”), la raza indígena también presentó menores probabilidades de utilización frecuente de las normativas internacionales para fundamentar las sentencias.

La alta probabilidad de que los jueces pardos utilicen las normativas

TABLA 10

Valores estimados de los parámetros y respectivas desviaciones típicas			
Análisis de los parámetros estimados			
Parámetro	Nivel	Estimación	Desviación típica
Color o raza	Pardos	14,457	17,588
	No informó	0,0000	0,0000
	Indígenas	-0,9477	23,034
	Blancos	-16,863	15,914

internacionales de protección de los derechos humanos para fundamentar sus sentencias puede estar asociada a una mayor preocupación con el tema, conformada a lo largo de la historia de exclusión social sufrida por este grupo social. Aun cuando el Brasil es el país con la segunda mayor población de afrodescendientes, estos se encuentran, en su mayoría, en una situación de inferioridad social y económica. El discurso de que no existe exclusión por razones étnicas en nuestro país no traduce lo que ocurre en la práctica. La presencia de personas de color pardo en cargos de jefatura, en universidades y otras posiciones sociales altas es todavía ínfima.

Los resultados de la investigación muestran las consecuencias de un proceso de concienciación: los pocos y privilegiados que tuvieron acceso a la universidad y hoy ocupan el cargo de juez actúan con conciencia crítica y preocupación respecto de las desigualdades sociales. A pesar de ser minoría en la *comarca* de Rio de Janeiro, el conjunto de los jueces pardos muestra una acción diferenciada, compatible con la comprensión de que las normativas internacionales de protección de los derechos humanos son grandes aliadas para la garantía de la dignidad humana.

Conocimiento sobre los Sistemas de Protección a los Derechos Humanos de la ONU y de la OEA

Del total de jueces, la mayoría constituye el grupo de los que no conocen los Sistemas de Protección de los Derechos Humanos de la ONU y de la OEA o los conocen solo superficialmente. Solo el 17% declaró poseer conocimientos de estos sistemas sin restricciones.⁹ Con un breve análisis exploratorio, se pueden obtener indicios de que la utilización de las normativas de protección de los derechos humanos es precaria, pues el conocimiento de estos sistemas termina por reflejarse acentuadamente en la aplicación de las normativas internacionales. Las posibilidades de que un juez que no conozca los citados sistemas aplique una normativa internacional son mínimas; sin embargo, estas posibilidades aumentan a medida que el desconocimiento se convierte en conocimiento superficial y, más aún, en conocimiento pleno. El desconocimiento de los Sistemas Internacionales de Protección de la ONU y de la OEA se mostró íntimamente ligado a la no aplicación de las normativas internacionales relativas a los derechos humanos.

En la Tabla 11, el nivel de conocimiento del Sistema de Protección Internacional de los Derechos Humanos de la ONU y de la OEA está ordenado de manera decreciente, según su contribución para la utilización de las normativas internacionales para fundamentar las sentencias.

9. Véase el punto "Sistemas de protección de la ONU y de la OEA", pág. 151.

TABLA 11

Valores estimados de los parámetros y respectivas desviaciones típicas			
Análisis de los parámetros estimados			
Parámetro	Nivel	Estimación	Desviación típica
ONU y OEA	Si	21,475	13,346
	Sólo superficialmente	14,382	11,866
	No informó	0,0000	0,0000
	No	-0,2025	13,468

Consideraciones finales

La finalidad precípua de este estudio fue investigar el grado de efectivización, o **justiciabilidad**, de los derechos humanos en la prestación de la tutela jurisdiccional por parte de los jueces de primera instancia de la *comarca* de Rio de Janeiro.

A lo largo de la investigación se fue haciendo evidente una instigante paradoja: si por un lado los jueces demuestran concepciones osadas acerca de los derechos humanos y de la aplicabilidad, en teoría, de sus normas garantizadoras, por otro, pocos son los que efectivamente aplican normas que versan sobre tales derechos, sobre todo al tratarse de la utilización específica de los Sistemas de Protección Internacional de los Derechos Humanos de la ONU y de la OEA. Esto puede explicarse a partir de la constatación de que el 40% de los jueces **nunca** estudió derechos humanos, y solo el 16% de ellos saben cómo funcionan los Sistemas de Protección Internacional de los Derechos Humanos de la ONU y de la OEA. Aun así, la gran mayoría, el 73% de los jueces, afirma que si tuviera la oportunidad participaría de cursos sobre derechos humanos.

Con el empleo del modelo de regresión se llegó a solo tres variables – tipo de *vara*, color de piel o raza del juez, conocimiento de los sistemas ONU y OEA – suficientes y determinantes para la explicación del comportamiento de los jueces en lo que se refiere a la utilización de las normativas internacionales en los fundamentos de las sentencias.

A partir del análisis comparativo de los tipos de *vara*, se verificó que el nivel de utilización de las normativas internacionales para fundamentar las sentencias es mayor cuando se trata de la Justicia Criminal y menor en la Justicia Civil y de Hacienda Pública. Así, hay entre los jueces, todavía, una mentalidad que contraría los estudios doctrinarios más modernos que reconocen la aplicabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Y, en las relaciones que involucran al Estado, se pueden vislumbrar fácilmente hipótesis que exigen la tutela de los derechos humanos, como por ejemplo, casos en los que personas pertenecientes a sectores carentes pleitean al Estado para que provea

los medicamentos y/o que costee el tratamiento médico, con fundamento en los derechos a la vida y a la salud constitucionalmente garantizados.

En cuanto al segundo factor, se observó que entre los jueces de color pardo se da una mayor probabilidad de utilización frecuente de las normativas internacionales, al tiempo que entre los blancos se encuentran las menores probabilidades. Si se considera que en su mayoría los jueces son blancos, este resultado es preocupante.

El tercer factor, que concierne al conocimiento de los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos de la ONU y de la OEA, revela lo que ya se afirmó anteriormente: cuanto mayor es el nivel de conocimiento de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, mayores las posibilidades de empleo de las normativas mencionadas.

Finalmente, compete decir que la comprensión de la influencia de cada uno de los tres factores referidos a la utilización de las normativas internacionales puede ser de gran valor para la implementación de mecanismos que procuren garantizar una mayor efectividad a los derechos humanos.

Luego, no restan dudas de que todos los jueces, especialmente los blancos que actúen en la Justicia Civil o en la de Hacienda Pública, deben ser destinatarios de acciones (in)formadoras, con vistas a ampliar su conocimiento en materia de derechos humanos. La justiciabilidad de los derechos humanos es una cuestión de perfeccionamiento de la tutela jurisdiccional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGRESTI, Alan. *Categorical Data Analysis*. Nueva York: John Willey y Sons, 1990.
- ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.
- BLALOCK, Hubert M. *Social Statistics*. Tokio: McGraw-Hill, 1972.
- BOBBIO, Norberto. "Presente e futuro dos direitos do homem". En: *A era dos direitos*. Traducción de Carlos Nelson Coutinho. Nueva edición. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- COSTA NETO, Pedro Luís de Oliveira. *Estatística*. São Paulo: Edgard Blücher, 1977.
- DOBSON, Annette J. *An Introduction to Generalized Linear Models*. Londres: Chapman y Hall, 1996.
- EVERITT, B. S. y DER, G. *A Handbook of Statistical Analyses Using SAS*. Londres: Chapman y Hall.

- FARIA, José Eduardo. “Justiça e Poder Judiciário, ou a virtude confronta a instituição”. Dossier Judicial. *Revista da USP*. São Paulo, n. 21, 1994.
- GAMERMAN, Dani y MIGON, Hélio dos Santos. “Introdução aos modelos lineares”. *Textos de métodos matemáticos* n. 27. Rio de Janeiro: Universidad Federal de Rio de Janeiro, 1993.
- GATTI, Bernardete Angelina. *Estatística básica para ciências humanas*. São Paulo: Alfa-Omega, 1978.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. “Sobre a legitimação pelos direitos humanos”. En: J-C. MERLE y L. MOREIRA (orgs.). *Direito e legitimidade*, pp. 67-82. São Paulo: Landy, 2003.
- LEVIN, Jack. *Estatística aplicada a ciências humanas*. São Paulo: Habra, 1987.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 13ª ed. rev. y ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. Petrópolis: Vozes, 1994.
- NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea, 1989.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. Florianópolis: OAB/SC Ed., 1999.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 1999.
- PIZZINGA, Adrian Heringer. *Modelos de regressão para respostas nominais politômicas*. Monografía final de Licenciatura. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Ciências Estatísticas (ENCE), 2000.
- POWERS, Daniel A. y XIE, Yu. *Methods for Categorical Data Analysis*. San Francisco: Academic Press, 2000.
- RATKOWSKY, David A. *Handbook of Nonlinear Regression Models*. Nueva York: Marcel Dekker, 1989.
- SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de trabalho de direitos humanos. *Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Traducido del portugués por Miriam Osuna