

Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos como Marco para la Formulación y el Control de las Políticas Sociales¹

Víctor Abramovich*

Introducción

En América Latina existe hoy un renovado impulso para una nueva generación de políticas sociales concebidas como acciones positivas destinadas a superar situaciones graves de exclusión y desigualdad estructural de vastos sectores de la población, tales como los pueblos indígenas y los afrodescendientes. También se han encarado algunas estrategias públicas novedosas para la inclusión social de las mujeres en la esfera política y el mercado de trabajo².

Al mismo tiempo se desarrolla un serio debate sobre la débil institucionalidad de ciertas intervenciones de política social, basadas en el reconocimiento de beneficios particularizados y meramente asistenciales, que excluyen el lenguaje y la lógica de los derechos. Este tipo de intervención estatal se caracteriza por la falta de transparencia, la ausencia de mecanismos de participación, responsabilidad y rendición de cuentas, y por favorecer la manipulación de las prestaciones y la asistencia, a través de prácticas clientelares que definen la relación entre la administración y quienes acceden a los beneficios que se distribuyen. Al mismo tiempo acaban consolidando un campo de acción de la administración pública con un alto grado de discrecionalidad, que funciona como una zona ajena al derecho, en el que se obstaculiza cualquier forma de control ciudadano e institucional. Este tipo de políticas de baja institucionalidad, se combina con la degradación de los derechos laborales, sindicales y de la seguridad social, como resultado de las reformas implementadas en la última década en el ámbito del mercado del trabajo y en los sistemas de jubilaciones y pensiones.

Estas discusiones en el ámbito de las políticas sociales y las estrategias de desarrollo a nivel regional no han sido mayormente afectadas por la evolución del derecho internacional de derechos humanos, en cuanto al alcance de las obligaciones del Estado de proteger ciertos derechos fundamentales en el ámbito social.

Paradójicamente, pese a compartir la preocupación por muchos temas comunes, en particular, referidos a la pobreza y la exclusión y su relación con la dinámica de los procesos políticos y el funcionamiento de las instituciones democráticas, el campo de las políticas sociales y las estrategias de desarrollo y el campo de los derechos humanos han corrido en paralelo, con pocos puntos de encuentro o conexión. En tal sentido

* Abogado, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

basta señalar que muchos de los conceptos habituales en el lenguaje del desarrollo, utilizados por las agencias de cooperación y las Instituciones Financieras Internacionales (IFIs), como la reducción de la pobreza, la participación, la inclusión, el buen gobierno, la responsabilidad y rendición de cuentas (*accountability*) refieren las mismas cuestiones que en el campo de los derechos humanos describen el alcance de los derechos a la salud, a la alimentación, a la educación, a la libertad de expresión, a la participación política, a la igualdad y a la no discriminación, el derecho de acceso a la justicia, entre otros. En ocasiones, el lenguaje de los derechos ha sido considerado como excesivamente político y poco neutral en algunas de las agencias de cooperación, e incluso como un lenguaje prohibido por los mandatos de algunas instituciones financieras internacionales como el Banco Mundial, lo cual no ha impedido que la agenda de estas instituciones abordaran cuestiones de pobreza o de calidad institucional directamente vinculadas con aquellos derechos.

En nuestra opinión, existen motivos de peso para empezar a cerrar las brechas y a tender puentes entre estos dos campos. En particular en el ámbito regional en donde los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH) en temas tales como el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación; el derecho a la participación política y el derecho de acceder a la justicia, son de inestimable valor para ajustar aquellas discusiones acerca de la universalidad, transparencia e institucionalidad de las políticas sociales y las estrategias de desarrollo. Estos estándares jurídicos pueden servir para fijar **un marco** para la definición de las políticas y estrategias de intervención tanto de los Estados como de los actores sociales y las agencias de cooperación para el desarrollo, y establecer **una vara o criterio** común para la fiscalización y evaluación posterior de esas políticas y estrategias, otorgando un contenido más preciso a algunos principios que inspiran la formulación de estrategias de desarrollo y reducción de la pobreza en la región, tales como el principio de inclusión, de participación, de rendición de cuentas y de responsabilidad.

Es indudable que la adopción de este enfoque de derechos podría contar con una sólida infraestructura para ello. En la región el concepto de derechos humanos ha sido pensado históricamente como un medio para imponer límites a las formas abusivas de uso del poder por el Estado, un decálogo de aquellas conductas que el Estado no debería hacer. No torturar, no privar arbitrariamente de la vida, no entrometerse en la vida privada y familiar de las personas, no discriminar. Esta concepción estuvo signada por la resistencia a las dictaduras militares en el cono sur en la década del setenta y en Centroamérica en los ochenta. En los últimos años, el cuerpo de principios, reglas y estándares que componen el derecho internacional de los derechos humanos ha fijado con mayor claridad no sólo las obligaciones negativas del Estado, sino también un cúmulo de obligaciones positivas. Esto significa que ha definido con mayor precisión no sólo aquello que el Estado no debe hacer, a fin de evitar violaciones, sino también aquello que debe hacer en orden a lograr la plena realización de los derechos civiles, políticos y también económicos,

sociales y culturales. En tal sentido los derechos humanos no son pensados en la actualidad tan sólo como un límite a la opresión y al autoritarismo, sino también como un programa que puede guiar u orientar las políticas públicas de los Estados y contribuir al fortalecimiento de las instituciones democráticas, en particular, en procesos de transición o con problemas de democracias deficitarias o débiles.

En los países de América Latina muchas organizaciones de derechos humanos y otras organizaciones sociales que actúan con una perspectiva de derechos, como organizaciones de mujeres, de control ciudadano, ambientales y de usuarios y consumidores, entre otras, además de fiscalizar las acciones estatales, han incorporado nuevas estrategias de diálogos y negociación con los gobiernos a fin de incidir en la orientación de sus políticas y lograr transformaciones en el funcionamiento de las instituciones públicas. El cambio de perspectiva apunta a incorporar al trabajo tradicional de denuncia de violaciones una acción preventiva y de promoción capaz de evitarlas. En igual sentido, los órganos de supervisión internacional de derechos humanos, tanto a nivel universal como regional, han procurado no sólo reparar a las víctimas en casos particulares, sino también fijar un cuerpo de principios y estándares, con el propósito de incidir en la calidad de los procesos democráticos a través del fortalecimiento de los principales mecanismos domésticos de protección de derechos, tales como los sistemas de administración de justicia, los mecanismos de participación política y las instancias públicas de control horizontal, como oficinas electorales, defensorías, procuradores de derechos humanos, entre otras, y las áreas competentes de la administración pública que definen políticas con impacto en la vigencia de los derechos, en áreas de gobierno como las policías, los servicios penitenciarios, y los servicios y prestaciones sociales.

Si bien esta agenda de fortalecimiento institucional no siempre ha sido prioritaria en el trabajo de supervisión internacional del SIDH, orientado en ocasiones de manera exclusiva a su función de último recurso de justicia para las víctimas, ante situaciones de violaciones masivas y sistemáticas, el sistema cuenta con herramientas de intervención que permiten mejorar sustancialmente su aporte conceptual a los procesos de formulación de políticas públicas a nivel doméstico. Este enfoque tiene como presupuesto el *carácter subsidiario* de los mecanismos de protección internacional frente a las garantías de esos derechos en los propios Estados, de modo que reconoce los límites claros de la supervisión internacional y al mismo tiempo resguarda el necesario margen de autonomía de los procesos políticos nacionales, para alcanzar mejores niveles de realización y vigencia de los derechos humanos.

Una vía de fortalecimiento institucional es el impacto de las decisiones y la jurisprudencia del SIDH en la jurisprudencia de los tribunales nacionales al momento de aplicar las normas del derecho internacional de los derechos humanos. Es importante considerar que las decisiones adoptadas por los órganos del sistema en un caso particular tienen un valor heurístico, de interpretación de los tratados aplicables al conflicto,

que trasciende a las víctimas afectadas en ese proceso. Esa jurisprudencia internacional suele ser utilizada, además, como guía para las decisiones que adoptan luego a nivel doméstico los tribunales nacionales, que procuran así evitar que los Estados puedan ser expuestos a peticiones y eventuales condenas ante las instancias internacionales. Este proceso de *globalización de estándares de derechos humanos*, si bien no ha alcanzado igual grado de desarrollo en toda la región y está sujeto en ocasiones a la precariedad de los sistemas de justicia, ha tenido una indudable incidencia positiva en la transformación de esos mismos sistemas y ha generado una mayor atención en las autoridades estatales a los principios y reglas que se fijan en el escenario interamericano. También ha favorecido este proceso la paulatina conformación de una burocracia estatal especializada en el manejo de estos temas, que suele incidir en algunos aspectos de la gestión pública, tales como oficinas y comisiones de derechos humanos, defensorías del pueblo y funcionarios especializados.

Ahora bien, la incidencia del SIDH no se limita al impacto de sus decisiones sobre la jurisprudencia de los tribunales locales. Otra vía importante para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática en los Estados surge de su capacidad de incidir de manera directa en la orientación general de algunas políticas públicas, y en los procesos de formulación, implementación, evaluación y fiscalización de las mismas. Así, es común observar que las decisiones individuales adoptadas en un caso suelen imponer a los Estados obligaciones de formular políticas para reparar la situación que da origen a la petición, e incluso establecen el deber de abordar los problemas estructurales que están en la raíz del conflicto analizado en ese caso. La imposición de estas obligaciones positivas es precedida, por lo general, del examen, bajo estándares jurídicos, de las políticas implementadas, o del comportamiento omisivo del Estado que ha provocado o favorecido una violación de derechos. Esas obligaciones pueden consistir en cambios de políticas existentes, reformas legales, la implementación de procesos participativos para formular nuevas políticas públicas y muchas veces en la reversión de ciertos patrones de comportamiento que caracterizan el accionar de ciertas instituciones del Estado que promueven violaciones, por ejemplo, violencia policial, abuso y tortura en las prisiones, aquiescencia del Estado frente a situaciones de violencia doméstica, políticas de desplazamientos forzoso de población en el marco de conflictos armados, desalojos masivos de poblaciones indígenas de sus tierras ancestrales. Además, en el marco de los casos individuales el sistema promueve habitualmente procesos de solución amistosa o negociaciones entre los peticionarios y los Estados, en los cuales los Estados muchas veces se avienen a implantar esas reformas institucionales o crean mecanismos de consulta con la sociedad civil para la definición de políticas. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Comisión) emite, asimismo, informes generales por países. En ellos, analiza situaciones concretas de violaciones y realiza recomendaciones que orientan políticas estatales sobre la base de estándares jurídicos³. También puede la CIDH emitir informes

temáticos que abarcan temas de interés regional o que conciernen a varios Estados. Este tipo de informes tiene un enorme potencial para fijar estándares y principios y relevar situaciones colectivas o problemas estructurales que pueden no estar debidamente reflejados en la agenda de los casos individuales. Tienen ellos, además, una perspectiva promocional más clara que los informes por país, que suelen ser vistos como mecanismos de exposición de los Estados ante la comunidad internacional y sus audiencias locales. El proceso de elaboración de los informes temáticos permite, a su vez, a la Comisión dialogar con actores sociales locales e internacionales relevantes para esa temática, recabar la opinión de expertos, de agencias de cooperación e IFIs, de los órganos políticos y técnicos de la OEA, e iniciar vínculos con los funcionarios encargados de generar en definitiva políticas en los campos analizados⁴. Por último la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) puede emitir opiniones consultivas, que sirven para examinar problemas concretos más allá de los casos contenciosos, y fijar el alcance de las obligaciones estatales que emanan de la Convención y de otros tratados de derechos humanos aplicables en el ámbito regional, tales como la situación jurídica de los trabajadores migrantes, y los derechos humanos de niños y adolescentes. En ocasiones, en estas opiniones consultivas la Corte ha intentado fijar marcos jurídicos para el desarrollo de políticas, por ejemplo, de las políticas migratorias y de las políticas dirigidas a la infancia⁵.

La jurisprudencia y las interpretaciones de los órganos del SIDH, tanto de la Comisión como de la Corte, y sus puntos de vista sobre problemas de índole estructural que afectan la vigencia de los derechos humanos en la región, han incidido en importantes reformas en el funcionamiento y la accesibilidad de los sistemas de justicia, en la fijación de límites a las diversas formas de violencia estatal, en un mayor respeto de la libertad de expresión y el acceso a la información pública, en la derogación de normas discriminatorias de las mujeres, en el reconocimiento de los derechos de pueblos indígenas a sus tierras ancestrales y a la participación política, entre otras cuestiones medulares para las estrategias de desarrollo social en nuestros países⁶. Al mismo tiempo, el SIDH, tanto la Comisión como la Corte, se han convertido gradualmente en un escenario privilegiado de activismo de la sociedad civil, que ha desplegado estrategias innovadoras para aprovechar en el ámbito nacional la repercusión internacional de los casos y situaciones denunciadas en las denominadas estrategias de boomerang. Algunos actores sociales, como dijimos, se han valido de este escenario internacional no sólo para denunciar violaciones y hacer visibles ciertas prácticas estatales cuestionadas, sino también para alcanzar posiciones privilegiadas de diálogo con los gobiernos o con aliados al interior de estos, y para revertir las relaciones de fuerza, alterar la dinámica de algunos procesos políticos. Ello en ocasiones ha facilitado la apertura de espacios de participación e incidencia social en la formulación e implementación de políticas, y en el desarrollo de reformas institucionales. Por lo demás, han sido estas organizaciones de derechos humanos las que mayormente han

incorporado los estándares legales fijados por el SIDH como parámetro para evaluar y fiscalizar acciones y políticas de los Estados y en ocasiones para impugnarlas ante los tribunales o ante la opinión pública.

Paradójicamente, pese a esta falta de diálogo y reconocimiento mutuos, el campo de las políticas y estrategias de desarrollo y el campo de la protección internacional de los derechos humanos parecen estar mirando en la misma dirección, al reconocer *una agenda prioritaria vinculada a los problemas derivados de la exclusión social*. Ello a partir de la constatación de que, luego de procesos complejos de transición, las democracias latinoamericanas se encuentran seriamente amenazadas por el aumento sostenido de las brechas sociales y la exclusión de vastos sectores de la población de sus sistemas políticos y de los beneficios del desarrollo, lo que impone límites estructurales al ejercicio de derechos sociales, políticos y civiles. La persistencia de altos niveles de desigualdad y exclusión condiciona y amenaza seriamente a procesos relativamente exitosos de consolidación de las reglas de juego básicas de la institucionalidad democrática, tales como la estabilización y apertura de los sistemas electorales y la disminución de las prácticas de violencia política.

En tal sentido, a fin de precisar el alcance del problema y definir con cierta claridad, a los efectos de este artículo, qué significa una agenda vinculada a la exclusión, es adecuado considerar que la exclusión social no se define únicamente por la insuficiencia de ingresos, como la pobreza, sino que se refiere a un conjunto más amplio de circunstancias. El concepto de exclusión está vinculado íntimamente con la noción de desigualdad, pero no se limita a la desigualdad de ingresos y de activos (factor considerado en el concepto de pobreza), sino también a otras privaciones sociales y a la falta de voz y poder en la sociedad. Esto se refleja, en la región, por ejemplo, en los límites a la participación social y política de los sectores y grupos que se definen culturalmente. Por ello a fin de medir o evaluar situaciones de inclusión o exclusión, se suelen considerar algunos indicadores que comprenden fundamentalmente: la *medición de pobreza*, que incluye la medición de la desigualdad de ingresos; el *acceso a servicios sociales de calidad*, tales como salud y educación, y a *recursos productivos*, como tierra, capital, tecnología; el *acceso a infraestructura física*, por ejemplo, agua, servicios sanitarios, transporte; el *acceso a mercados de trabajo*; indicadores de *participación social y de capital social*; indicadores sobre *acceso a la justicia* y a la *participación política*; indicadores sobre el *impacto diferenciado de la violencia (incluido el homicidio) y la victimización* frente a acciones delictivas⁷.

Los problemas derivados de la exclusión se reflejan también en la degradación de algunas prácticas institucionales y en el deficiente funcionamiento de los Estados democráticos, lo que produce nuevas formas de vulneración de los derechos humanos, muchas veces emparentadas con las prácticas de los Estados autoritarios de décadas pasadas. No se trata de Estados que se organizan para violar sistemáticamente derechos

ni que planifican en sus esferas superiores acciones deliberadas para vulnerarlos, sino de Estados con autoridades electas legítimamente, que no son capaces de revertir e impedir prácticas arbitrarias de sus propios agentes ni de asegurar mecanismos efectivos de responsabilidad por sus actos, como consecuencia del precario funcionamiento de sus sistemas de justicia⁸. Los sectores sociales bajo condiciones estructurales de desigualdad y exclusión son las víctimas principales de este déficit institucional que afecta derechos políticos, sociales y civiles. Ello se observa en algunos conflictos que ocupan la agenda del SIDH: la violencia policial, el hacinamiento y la tortura en los sistemas carcelarios, cuyas víctimas predilectas son los jóvenes de sectores populares; las prácticas generalizadas de violencia doméstica contra las mujeres, toleradas por las autoridades estatales; la privación de la tierra y de la participación política de las comunidades indígenas; la discriminación de la población afrodescendiente en el acceso a la educación y a la justicia; el abuso de las burocracias contra los inmigrantes indocumentados; los desplazamientos masivos de población rural en el contexto de la violencia política. De allí que uno de los principales aportes y al mismo tiempo de los principales desafíos del SIDH, en relación a los problemas regionales originados en la exclusión y la degradación institucional, reside en la capacidad de guiar con estándares y principios la actuación de los Estados democráticos en las situaciones concretas, tanto la jurisprudencia de los tribunales, a fin de determinar el alcance de los derechos, como los procesos de formulación de políticas públicas, contribuyendo de ese modo al fortalecimiento de las garantías institucionales y sociales de esos derechos en los diferentes espacios nacionales.

A partir de estas constataciones, en los puntos siguientes intentaremos presentar algunas discusiones en curso acerca de las posibles relaciones entre estándares de derechos humanos y políticas públicas en el ámbito social. Examinaremos algunos intentos por fijar esos marcos y sistemas de evaluación e indicadores a partir de la interpretación de las normas internacionales de derechos humanos, así como algunas tensiones y cuestionamientos que han provocado estas experiencias. Por último exploraremos el rol estratégico que podrían jugar los órganos del SIDH en la fijación de estándares orientadores de las políticas sociales en la región, no sólo de su contenido, sino de los procesos de formulación, implementación, evaluación y fiscalización de esas políticas. Sostendremos que estos estándares pueden servir, además, como criterio para el control y eventualmente la impugnación y el cuestionamiento de estas políticas tanto por la sociedad civil como los órganos de control institucional. En particular, examinaremos el valor de los estándares interamericanos sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho a la participación social y política, y el derecho de acceso a la justicia; y su relación con los principios de inclusión, participación y rendición de cuentas, seguidos en el campo de las políticas sociales y las estrategias de desarrollo.

1. Relaciones entre estándares de derechos humanos y políticas públicas sociales

Recientemente numerosas agencias de cooperación para el desarrollo e instituciones internacionales, tales como DFID, SIDA, UNICEF, UNESCO, UNIFEM, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, entre otras, han planteado la necesidad de afirmar ese vínculo y han desplegado importantes esfuerzos para ello, a partir de la elaboración de nuevos marcos conceptuales para sus estrategias de acción que procuran basarse en un conjunto de principios, reglas y estándares de derechos humanos⁹.

El denominado “*enfoque de derechos en las políticas y estrategias de desarrollo*” considera principalmente el derecho internacional de los derechos humanos como un marco conceptual aceptado por la comunidad internacional, capaz de ofrecer un sistema coherente de principios y reglas en el ámbito del desarrollo. Una guía comprensiva acerca de cómo debería realizarse el proceso de cooperación y asistencia, de la participación social en ese proceso, de las obligaciones de los gobiernos donantes y receptores, de la forma en que la asistencia debería ser evaluada, así como de los mecanismos de rendición de cuentas y responsabilidad que deberían establecerse a nivel local e internacional. Por ello se entiende que uno de los principales aportes de este enfoque es dotar a las estrategias de desarrollo de un marco conceptual explícito, del cual pueden inferirse elementos valiosos para pensar en los diversos componentes de esa estrategia: los mecanismos de responsabilidad, la igualdad y la no discriminación, la participación y el otorgamiento de poder a los sectores postergados y excluidos. Ese marco conceptual permitiría definir con mayor precisión las obligaciones de los Estados frente a los principales derechos humanos involucrados en una estrategia de desarrollo, tanto económicos y sociales y culturales, como civiles y políticos.

En líneas generales el enfoque de *derechos considera que el primer paso para otorgar poder* a los sectores excluidos es reconocer que son titulares de derechos que obligan al Estado. Al introducir este concepto se procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a demandar determinadas prestaciones y conductas. Las acciones que se emprendan en este campo no son consideradas solamente como el cumplimiento de mandatos morales o políticos, sino como la vía escogida para dar cumplimiento a las obligaciones jurídicas, imperativas y exigibles, impuestas por los tratados de derechos humanos. Los derechos demandan obligaciones y las obligaciones requieren mecanismos de exigibilidad y cumplimiento.

Más allá de que los diversos marcos conceptuales sobre el enfoque de derechos parten de variados fundamentos políticos y filosóficos, e incluso difieren a veces en las definiciones de pobreza, comparten *la idea de que las situaciones de pobreza determinan la privación de algunas libertades básicas*, tanto positivas como negativas, tales como la libertad de evitar el hambre, la enfermedad, el analfabetismo; y que la pobreza

depende tanto de factores económicos como de condicionantes culturales, sociales, legales y políticos. Si bien la pobreza está relacionada con la insuficiente disposición de recursos económicos, entre ellos los ingresos personales, por ejemplo, ello no entraña forzosamente la primacía de factores económicos como causantes de la pobreza. Ciertas prácticas culturales, así como marcos políticos y jurídicos que facilitan o promueven la discriminación contra personas o grupos particulares, como las mujeres, los indígenas o minorías étnicas, actúan como mecanismos de exclusión social que causan o contribuyen a causar pobreza¹⁰.

Los diversos marcos conceptuales *no abordan todos los derechos, sino que procuran identificar aquellos derechos que resultan fundamentales en las estrategias de desarrollo* o reducción de pobreza, por su relación constitutiva o instrumental con la pobreza. Así, por ejemplo, el documento de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU señala tres diferentes formas en que los derechos humanos pueden ser pertinentes: pertinencia constitutiva, pertinencia instrumental y pertinencia restrictiva respecto del contenido y el ámbito de las estrategias. Algunos derechos tienen pertinencia constitutiva cuando corresponden a las capacidades consideradas básicas por una sociedad determinada, y si su falta de cumplimiento obedece a la disposición insuficiente de recursos económicos. Ejemplo el derecho a la alimentación o el derecho a la salud. Otros derechos tienen pertinencia instrumental, pues contribuyen a prevenir los procesos sociales o políticos que pueden conducir a situaciones de pobreza, como algunos derechos civiles y políticos. Así la libertad de expresión y los derechos vinculados con el funcionamiento de democracias representativas, con elecciones periódicas y limpias, acotan las posibilidades de que la sociedad tolere situaciones de pobreza extrema como hambrunas, sin demandar respuestas al gobierno o activar mecanismos de responsabilidad social o política. Otros derechos resultan instrumentales por facilitar procesos sociales de consulta y evaluación, indispensables para la definición de cualquier política o estrategia de reducción de la pobreza, tales como los derechos de participación, de información, de asociación o reunión. La última forma en que ciertos derechos pueden ser pertinentes para las estrategias es cuando pueden actuar como una restricción o limitación de los tipos de actuación permisibles. Así, por ejemplo, aunque es totalmente razonable que un país muy poblado pero con escasos recursos quisiera adoptar medidas de control demográfico como parte de una estrategia para reducir la pobreza, no sería admisible que adoptara medidas como la esterilización forzosa, pues estas medidas violan la integridad física y la intimidad de las personas. De tal modo, ciertos derechos cuyo incumplimiento no es en sí constitutivo de la pobreza, y cuya promoción puede no tener valor instrumental para las estrategias de desarrollo y reducción de la pobreza, pueden, no obstante, tener alguna relación con la orientación de las políticas al excluir ciertas opciones de actuación estatal que se consideran legalmente prohibidas.

Un punto común en los diferentes marcos conceptuales es la adopción del principio *de interdependencia* entre los derechos civiles y políticos y

los derechos económicos, sociales y culturales, aunque ciertamente no todos los marcos ponen el mismo énfasis en las diferentes categorías de derechos¹¹. Los derechos a considerar y las prioridades se definen, por lo general, en función de las diversas estrategias de desarrollo y sin considerar *a priori* la preeminencia de ninguna categoría de derechos por sobre la otra. Contribuye a esta visión la consideración de un núcleo de obligaciones negativas y positivas comunes a todas las categorías de derechos, que se agrupan bajo tres niveles de obligaciones: de respetar, de proteger y de cumplir. Los marcos conceptuales parten de definir con mayor o menor detalle las principales obligaciones que derivan de los derechos seleccionados como pertinentes en esa estrategia y fijan a partir de estas obligaciones posibles *metas e indicadores* de desarrollo, pero sólo como referencia de las metas e indicadores que deberían fijarse en cada proceso participativo a nivel local.

Algunas críticas a la posibilidad de asumir una lógica de derechos humanos en las políticas de desarrollo ponen el acento en cuestionar la ambigüedad o falta de claridad sobre el contenido de las obligaciones que emanan de los derechos económicos, sociales y culturales. Discuten también que pueda asignárseles el mismo grado de exigibilidad o un grado de exigibilidad equiparable a los derechos civiles y políticos¹². También plantean que una mirada de derechos de las políticas públicas puede resultar en ocasiones demasiado rígida y, en consecuencia, puede acotar inconvenientemente la discrecionalidad de los decidores al momento de formular estrategias de desarrollo. Volveremos sobre esta cuestión en el punto 3, sin embargo, diremos preliminarmente que existe un punto fuerte en estas objeciones, pues la relación entre derechos humanos, en especial, derechos económicos, sociales y culturales y políticas públicas es una cuestión espinosa, que no cuenta aún con desarrollos suficientemente sólidos y coherentes ni en el derecho internacional ni en el derecho constitucional.

Los partidarios del enfoque de derechos entienden que el cambio de perspectiva no implica modificaciones drásticas o abruptas en las prácticas que las agencias de cooperación y los decidores de políticas vienen realizando en los últimos años, pues rescatan los puntos de encuentro y sinergia entre el campo del desarrollo y el campo de los derechos humanos. Sostienen que las obligaciones que imponen los tratados de derechos humanos no son exorbitantes, ni le restan espacio a las políticas, sino que refieren tan sólo a aquellas acciones mínimas que el Estado tiene el deber de realizar. *El lenguaje de los derechos, señalan, no nos dice mucho acerca del contenido de las políticas, pero sí puede decirnos algunas cosas sobre su orientación general y nos brinda un marco de conceptos que debe guiar el proceso para su formulación, su implementación y su evaluación.* Su principal aporte a las estrategias de desarrollo y al proceso de formulación de políticas sociales reside en la vinculación de los derechos con la "entrega de poder" a los sectores empobrecidos y el fortalecimiento de los mecanismos de responsabilidad a partir del uso de la "infraestructura institucional" internacional y nacional que sostiene el campo de los derechos humanos. Consideran,

además, que los tratados de derechos humanos y su interpretación por los órganos internacionales brindan un marco explícito, claro, reconocido por todos los países y además con una fuerte legitimidad social y política, que indudablemente mejorará el grado de eficacia de las estrategias de desarrollo, así como la posibilidad de articulación de actores estatales y no estatales en el escenario local, nacional e internacional.

En definitiva, como anticipamos, el valor agregado o el potencial aporte del enfoque de derechos en el campo de desarrollo puede ser distinto y con importantes diferencias, según consideremos el punto de vista y los intereses de los diversos actores sociales y políticos involucrados en las estrategias de desarrollo, tales como las agencias de cooperación, las instituciones donantes, los Estados y las organizaciones sociales.

2. La lógica de los derechos, la creación de poderes y los mecanismos de cumplimiento

La idea esencial subyacente a la adopción de un enfoque de derechos humanos con relación al ámbito del desarrollo y de las políticas sociales es que las políticas e instituciones que tienen por finalidad impulsar estrategias en esa dirección se deben basar explícitamente en las normas y principios establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos. El derecho internacional brinda así un marco normativo explícito e imperativo que guía u orienta la formulación de políticas y estrategias nacionales e internacionales.

En las estrategias de desarrollo y de reducción de la pobreza se ha reconocido ampliamente la importancia de dotar de poder a los sectores pobres y excluidos. El enfoque de derechos humanos apunta esencialmente a ese otorgamiento de poder por la vía del reconocimiento de derechos. Una vez introducido este concepto en el contexto de la adopción de políticas, el punto de partida utilizado para la formulación de una política no consiste en reconocer la existencia de ciertos sectores sociales que tienen necesidades no cubiertas, sino fundamentalmente la existencia de personas que tienen derechos que pueden exigir o demandar, esto es, atribuciones que dan origen a obligaciones jurídicas por parte de otros y, por consiguiente, al establecimiento de mecanismos de tutela, garantía o responsabilidad. Se procura cambiar la lógica de la relación entre el Estado –o los prestadores de bienes y servicios–, y aquellos que se beneficiarán con las políticas. No se trata sólo de personas con necesidades, que reciben beneficios asistenciales o prestaciones fruto de la discrecionalidad, sino titulares de derechos que tienen el poder jurídico y social de exigir del Estado ciertos comportamientos¹³.

Antes de adentrarnos en la discusión específica sobre el sentido y alcance de un enfoque de derechos, es útil preguntarse antes qué significa tener un derecho y cuáles son las principales implicaciones del uso del lenguaje de los derechos en el campo de las políticas de desarrollo y reducción de pobreza. Aunque el lenguaje de los derechos tiene de por sí un valor ético y político y puede servir para fortalecer las demandas sociales frente a situaciones de inequidad, sus implicancias concretas en las relaciones

sociales no siempre se consideran adecuadamente. El riesgo puede ser la utilización de una retórica de los derechos que luego no logre satisfacer las mínimas expectativas que este concepto puede legítimamente ocasionar¹⁴. Uno de los rasgos que caracteriza a un derecho es la posibilidad de dirigir un reclamo ante una autoridad independiente del obligado –habitualmente, un juez– para que haga cumplir la exigencia o imponga reparaciones o sanciones por su incumplimiento. Este rasgo se denomina *justiciabilidad* o *exigibilidad judicial*, y supone una técnica de garantía del cumplimiento de las obligaciones que se desprenden del derecho de que se trate.

El reconocimiento de derechos impone entonces la creación de acciones judiciales o de otro tipo, que permitan al titular del derecho reclamar ante una autoridad judicial u otra con similar independencia, ante la falta de cumplimiento de su obligación por parte del sujeto obligado. Un enfoque de derechos establece correlativas obligaciones cuyo incumplimiento activará diferentes mecanismos de responsabilidad o de garantías. Por ello, *el reconocimiento de derechos es también el reconocimiento de un campo de poder para sus titulares y en ese sentido puede actuar como una forma de restablecer equilibrios en el marco de situaciones sociales marcadamente desiguales*. Es indudable también que el reconocimiento de derechos limita de alguna manera el margen de acción de los sujetos obligados, entre ellos el Estado. Define en cierta medida, y en sentido amplio, aquellas acciones que el obligado puede y las que no puede hacer.

Es interesante analizar esta cuestión respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, y sus técnicas de garantía o protección, pues habitualmente se objeta su reconocimiento como derechos precisamente con el argumento de que plantear ciertas cuestiones sociales en el plano jurídico puede restarle espacio a la política, construyendo a los Estados en el margen de acción para adoptar estrategias efectivas de mitigación de la pobreza y de impulso del desarrollo. En el próximo punto abordaremos sintéticamente ese tema; sin embargo, es fundamental para un enfoque de derechos partir del reconocimiento de esta relación directa entre el derecho, la obligación correlativa y la garantía, pues ella tendrá, sin duda, impacto en la fijación de un marco conceptual para el desarrollo de políticas públicas y en los mecanismos de rendición de cuentas o responsabilidad, que puedan considerarse compatibles con la noción de derechos. En definitiva, el lenguaje de derechos exige identificar algún tipo de mecanismo de seguimiento y responsabilidad que involucre a los actores del proceso de definición de políticas¹⁵.

3. Los niveles de obligaciones comunes a las diferentes categorías de derecho y el margen de definición de las políticas públicas

Ahora bien, el enfoque de derechos, si bien fija un marco conceptual para la formulación y la evaluación de las políticas, no debería conducir a acotar o limitar excesivamente el margen de acción de los gobiernos para la formulación de esas políticas. No se trata de imponer a los

Estados ni a los sujetos obligados una determinada manera de hacer las cosas ni de cercenar la creatividad de los decidores sujetándolos a esquemas rígidos o inflexibles. La idea que prevalece es que cada Estado debe ser dueño de su estrategia y aquí hay un punto de relación entre la idea afianzada en el campo del desarrollo sobre la “propiedad del Estado” y el derecho de autodeterminación. La realización de los derechos humanos en el marco de las políticas y estrategias de desarrollo puede alcanzarse por caminos diversos. Así, sistemas de libre mercado o con mayor participación del Estado en la economía, pueden realizar o cumplir con los mandatos del derecho internacional de los derechos humanos.

Los derechos no imponen siempre acciones concretas, sino tipos de obligaciones que, si bien fijan una orientación, un camino que debe transitarse, un marco para las definiciones, dejan al Estado o a los sujetos obligados un espacio muy grande de discreción para elegir las medidas específicas a partir de las cuales se realizarán esos derechos. Ello es así, tanto para los derechos civiles y políticos cuanto para los derechos económicos, sociales y culturales, pues todos ellos demandan un complejo de obligaciones negativas y positivas.

Este es un punto importante para empezar a matizar las críticas a la posibilidad de exigir plenamente los derechos sociales o la idea de las imposiciones exorbitantes a la acción política. Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales¹⁶. Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que a veces se los denomina “derechos-prestación”¹⁷. Sin embargo, no resulta difícil descubrir, cuando se observa la estructura de estos derechos, la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación del patrimonio cultural implica la obligación de no destruir el patrimonio cultural. Es por ello que muchas de las acciones tendentes a la aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales se dirigen a corregir la actividad estatal cuando esta incumple con obligaciones de no hacer. En suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos.

Además, la concepción teórica, e incluso la regulación jurídica concreta de varios derechos civiles tradicionalmente considerados “derechos-autonomía” o derechos que generan obligaciones negativas por parte del Estado, ha variado de tal modo, que algunos de los derechos clásicamente considerados “civiles y políticos” han adquirido un indudable cariz social. La pérdida de carácter absoluto del derecho de propiedad, sobre la base de consideraciones sociales, es el ejemplo más

cabal al respecto, aunque no el único.¹⁸ Las actuales tendencias del derecho de daños asignan un lugar central a la distribución social de riesgos y beneficios como criterio de determinación de obligación de reparar. El impetuoso surgimiento de un derecho del consumo ha transformado sustancialmente los vínculos contractuales cuando participan de la relación consumidores y usuarios¹⁹. La consideración tradicional de la libertad de expresión y prensa ha adquirido dimensiones sociales que cobran cuerpo a través de la formulación de la libertad de información como derecho de todo miembro de la sociedad que comprende, en ciertas circunstancias, la obligación positiva de producir información pública. La libertad de empresa y de comercio resulta modalizada cuando su objeto o desarrollo conlleve un impacto sobre la salud o el medio ambiente. En suma, muchos derechos tradicionalmente abarcados por el catálogo de derechos civiles y políticos han sido reinterpretados en clave social, de modo que las distinciones absolutas también pierden sentido en estos casos²⁰. En tal sentido, la jurisprudencia de los órganos de protección internacional de derechos humanos ha establecido la obligación positiva de los Estados de remover los obstáculos sociales que impiden el acceso a la jurisdicción, de tomar medidas apropiadas para evitar que alteraciones ambientales puedan constituir una violación del derecho a la vida privada y familiar²¹, de desarrollar acciones positivas para evitar riesgos previsibles y evitables que puedan afectar el derecho a la vida²², lo que comprende en ciertos casos el deber de asegurar, mediante medidas positivas, concretas y debidamente orientadas, el acceso a condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana, en especial, cuando se trata de sectores afectados por situaciones estructurales de exclusión o bajo condiciones de riesgo, cuya atención se torna prioritaria como, por ejemplo, pueblos indígenas o niños que viven en las calles o bajo sistemas de internación manejados discrecionalmente por el Estado, o personas viviendo con HIV/SIDA²³.

Podría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen. En tal esquema, habrá algunos derechos que, por ser claramente pasibles de ser caracterizados a través de obligaciones negativas del Estado, queden enmarcados en el horizonte de los derechos civiles y políticos. Tal sería el caso, por ejemplo, de la libertad de conciencia o la libertad de publicación de ideas sin censura previa. En el otro polo, algunos derechos que resultan caracterizados fundamentalmente, a través de obligaciones positivas del Estado, quedarán abarcados en el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales. Tal sería el caso, por ejemplo, del derecho a la vivienda²⁴.

En línea con lo dicho, autores como van Hoof o Asbjorn Eide²⁵ proponen un esquema interpretativo consistente en el señalamiento de “niveles” de obligaciones estatales, que caracterizarían el complejo que identifica

a cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales. De acuerdo a la propuesta de van Hoof,²⁶ por ejemplo, podrían discernirse cuatro “niveles” de obligaciones: obligaciones de *respetar*, obligaciones de *proteger*, obligaciones de *garantizar* y obligaciones de *promover* el derecho en cuestión. Las obligaciones de *respetar* se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso el goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de *proteger* consisten en impedir que terceros injeriran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de *garantizar* suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de *promover* se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.

Como puede apreciarse, el esquema de “niveles” de obligaciones es perfectamente aplicable a todo el espectro de derechos, sean estos clasificados como derechos civiles y políticos, sean clasificados como derechos económicos, sociales y culturales. Gran parte del trabajo de los organismos de derechos humanos y de los órganos internacionales de aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en materia de derecho a la vida y derecho a la integridad física y psíquica (y correlativas prohibiciones de muerte y tortura) –derechos habitualmente clasificados como civiles y políticos– ha consistido en reforzar los aspectos vinculados con las obligaciones de proteger y satisfacer estos derechos, a través de medidas diversas que van desde la investigación de las prácticas estatales violatorias de estos derechos, el juzgamiento o el establecimiento de responsabilidades civiles o penales a sus perpetradores, la reparación a las víctimas, la modificación de la legislación que establezca fueros especiales para el juzgamiento de hechos de muerte, desaparición y tortura, la modificación de los programas de formación de las fuerzas militares y de seguridad, la inclusión de formas de educación en derechos humanos en los planes de estudio regulares.

Cabe repetir que es incorrecta la concepción de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos que establecen exclusivamente obligaciones positivas²⁷. Tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales constituyen un complejo de obligaciones positivas y negativas. Ahora bien, conviene profundizar esta noción, ya que de su afinamiento dependerá la extensión y alcances de la exigibilidad de uno y de otro tipo de derechos.

En cuanto a las obligaciones negativas, se trata de las obligaciones de abstenerse de realizar cierta actividad por parte del Estado. Así, no impedir la expresión o difusión de ideas, no violar la correspondencia, no detener arbitrariamente, no impedir a una persona afiliarse a un sindicato, no intervenir en caso de huelga, no empeorar el estado de salud de la población, no impedir a una persona el acceso a la educación.

En cuanto a las obligaciones positivas, conviene establecer algunas distinciones, que nos darán la pauta del tipo de medidas que pueden

exigirse. Con cierto automatismo, suelen vincularse directamente las obligaciones positivas del Estado con la obligación de disponer de fondos. No cabe duda de que se trata de una de las formas más características de cumplir con obligaciones de hacer o de dar, en especial, en campos tales como la salud, la educación o el acceso a la vivienda. Sin embargo, las obligaciones positivas no se agotan en obligaciones que consistan únicamente en disponer de reservas presupuestarias a efectos de ofrecer una prestación. Las obligaciones de proveer servicios pueden caracterizarse por el establecimiento de una relación directa entre el Estado y el beneficiario de la prestación. El Estado puede, sin embargo, asegurar el goce de un derecho a través de otros medios, en los que pueden tomar parte activa otros sujetos obligados.

a) Por un lado, algunos derechos se caracterizan por la obligación del Estado de *establecer algún tipo de regulación*, sin la cual el ejercicio de un derecho no tiene sentido²⁸. En estos casos, la obligación del Estado no siempre está vinculada con la transferencia de fondos hacia el beneficiario de la prestación, sino más bien con el establecimiento de normas que concedan relevancia a una situación determinada, o bien, con la organización de una estructura institucional que se encargue de poner en práctica una actividad determinada²⁹.

b) En otros casos, la obligación exige que la regulación establecida por el Estado *limite o restrinja las facultades de las personas o actores no estatales*, o les imponga obligaciones de algún tipo³⁰.

c) Por último, el Estado puede cumplir con su obligación proveyendo de servicios a la población, sea en forma exclusiva, sea a través de formas de cobertura mixta que incluyan, además de un aporte estatal, regulaciones en las que ciertas personas privadas se vean afectadas a través de restricciones, limitaciones u obligaciones.

En definitiva, las formas que pueden adoptar las medidas estatales de cumplimiento de las obligaciones positivas son múltiples: la organización de un servicio público, por ejemplo, el funcionamiento de los tribunales, que asegura el derecho a la jurisdicción; la previsión de cargos de defensor oficial, que asegura el derecho de defensa en juicio a quienes no pueden pagar un abogado particular; o la organización del sistema educativo público; la oferta de programas de desarrollo y capacitación; el establecimiento de formas escalonadas público/privadas de cobertura social, por ejemplo, a través de la organización de formas privadas de aporte para el mantenimiento de obras sociales que cubran el derecho a la salud de las personas empleadas y sus familias, y el establecimiento de un sistema público de salud que cubra el derecho de las personas no amparadas por la estructura de empleo; la gestión pública de créditos diferenciales, por ejemplo, los créditos hipotecarios destinados a vivienda, la entrega de subsidios, la realización de obras públicas, el otorgamiento de beneficios o exenciones impositivas.

En tal sentido, la lógica de derechos no restringe las opciones de políticas públicas que el Estado puede adoptar para realizar sus obligaciones.

Es posible reconocer un margen importante de autonomía de los Estados acerca de cuáles son las medidas específicas que se pueden adoptar para realizar los derechos. Este punto es central para poder compatibilizar el enfoque de derechos con los procesos nacionales de definición de estrategias de desarrollo y reducción de la pobreza, y debe ser considerado especialmente al intentar emplear estándares jurídicos en la fiscalización y evaluación de esas políticas.

Cuando las normas del derecho internacional imponen a un Estado obligaciones jurídicas, que éste decide hacer cumplir a través de otros actores no estatales, conserva siempre una responsabilidad de la que no puede desligarse. Funciona como un garante de última instancia. Así, por ejemplo, puede considerarse conveniente reducir al máximo las esferas de participación del Estado como proveedor de bienes públicos, salvo a través de redes de contención en situaciones de extrema pobreza y exclusión, para evitar que la intervención de la burocracia estatal que en un país puede ser corrupta y clientelar. También puede adoptarse una estrategia de descentralización hacia unidades políticas locales como responsables directas de los servicios. A ello han apuntado, por ejemplo, algunas estrategias de reforma sectorial del Banco Mundial en el plano de la salud o la educación. Aun cuando no podría afirmarse que estas estrategias son contrarias a los mandatos legales, por ejemplo, del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en materia de salud y educación, el Estado nacional debería cumplir algunas obligaciones mínimas, como fijar un claro marco regulatorio de esas prestaciones y procurar que el proceso no derive en desigualdad en el acceso a los servicios. Por lo demás, conservará en todo momento una responsabilidad final por el impacto de las políticas, más allá de que no las ejecute directamente³¹.

Los instrumentos internacionales fijan estándares orientadores de políticas públicas que van luego a ser la “regla de juicio” sobre cuya base intervienen los mecanismos de supervisión –o el Poder Judicial en su caso o las propias organizaciones públicas y no gubernamentales que realizan actividades de monitoreo– para controlar si las políticas y medidas adoptadas se ajustan o no a esos estándares, que pueden ser, por ejemplo, los estándares de “razonabilidad”, “adecuación”, “progresividad” o “igualdad”, o el análisis de contenidos mínimos que pueden venir dados por las propias normas internacionales que fijan derechos. Por ello el derecho internacional de los derechos humanos no contiene en sí un determinado diseño de políticas, sino estándares que sirven de marco a las políticas que cada Estado define. Los mecanismos de supervisión y eventualmente los jueces tampoco tienen la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y –en caso de hallar divergencias– reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia. Si los Estados no adoptan ninguna medida, entonces los mecanismos de supervisión, entre ellos la justicia, pueden activar la toma de decisiones en aras de cumplimentar con las obligaciones jurídicas. Por lo demás, las políticas incorrectas o que fracasan no siempre determinan el incumplimiento de

derechos, sólo ocurrirá así cuando el Estado no haya cumplido con alguna de las obligaciones asumidas. Por el contrario, puede haber políticas exitosas en sus objetivos, pero que consagren la vulneración de derechos.

Los derechos fijan marcos para la definición de políticas y en tal sentido inciden no sólo en sus contenidos u orientación, sino también en los procesos de elaboración e implementación y como parámetro para su evaluación y fiscalización. Para justificar esta afirmación nos parece adecuado vincular algunos debates jurídicos que se desarrollan en el ámbito interamericano sobre algunos derechos fundamentales, como los de igualdad y no discriminación, participación política y acceso a la justicia; con algunos de los problemas que plantea la aplicación de ciertos principios medulares que guían las estrategias y políticas públicas de desarrollo, tales como el principio de inclusión, de participación y de responsabilidad. La selección de estos temas se debe a su valor estratégico para afectar los marcos generales de los procesos de formulación de políticas públicas en el ámbito social, cualquier sea la temática específica abordada por esa política. Se trata en definitiva de cuestiones transversales a la totalidad de las políticas sociales. Dejamos deliberadamente fuera de nuestro análisis en este artículo el modo en que podrían incidir en las políticas sociales los estándares jurídicos fijados con relación a las obligaciones estatales específicas a cada derecho económico, social o cultural, como el derecho a la salud, a la educación o el derecho a la vivienda, pues abordar esto requeriría desviarnos excesivamente para incluir una discusión compleja acerca de la competencia del SIDH para aplicar derechos económicos, sociales y culturales en casos específicos³².

4. El principio de inclusión y los estándares sobre igualdad y no discriminación

El principio de inclusión que suele regir políticas de desarrollo puede resultar enriquecido al vinculárselo con los estándares legales sobre igualdad y no discriminación. En tal sentido el derecho de los derechos humanos puede aportar conceptos más claros en esta materia, que sirvan como parámetro para definir y evaluar políticas públicas. En tal sentido, no sólo se requiere del Estado una obligación de no discriminar, sino también en algunos casos la adopción de acciones positivas para garantizar la inclusión de grupos o sectores de la población tradicionalmente discriminados y se presume en cierta medida el carácter discriminatorio de una medida restrictiva o de una política que establece diferencias de trato basadas en algunos factores prohibidos tales como la raza y el sexo. Si bien la mayoría de los países de la región es parte de los principales tratados de derechos humanos que fijan normas sobre igualdad y no discriminación, es importante recuperar el camino que el sistema interamericano de derechos humanos ha fijado, aunque sin suficiente precisión, en este tema. Así en el caso *Morales de Sierra*, en su interpretación del artículo 24 de la Convención Americana que establece el principio de igualdad ante la ley, la Comisión Interamericana ha establecido como regla que ciertas formas de diferencia o distinción en el trato, por ejemplo, las que se basan en la raza o en el sexo, resultan

fuertemente sospechosas de ilegalidad, y el Estado tiene que brindar razones de mucho peso para su justificación. Siempre que la distinción obedezca a algunos de los factores o categorías sospechadas: raza, sexo, origen nacional, la norma o la política que lo utiliza será observada bajo un criterio de *escrutinio intenso o estricto*. En el caso se obligó a Guatemala a reformar su código civil, que otorgaba al esposo la administración exclusiva de la sociedad conyugal e imponía fuertes limitaciones para el trabajo de la mujer casada fuera del hogar³³. Al discutirse en la Corte Interamericana una opinión consultiva sobre derechos de los migrantes indocumentados algunos *amicis curia* pidieron a la Corte que fijara este criterio de escrutinio estricto para la aplicación de los artículos 24 y 2 de la Convención, pero pese a avanzar en mayores precisiones sobre el alcance del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, la Corte no hizo suyo el *test* que había fijado oportunamente la CIDH³⁴. Un análisis técnico del desarrollo de este concepto de escrutinio estricto, excede el marco de este trabajo, pues tan sólo nos interesa mostrar la potencialidad de este criterio en la orientación de importantes áreas de la política social de los Estados. Sin embargo, sí podemos afirmar que se trata de un concepto aún en gestación en el SIDH, que ni la Comisión ni la Corte han terminado de adoptar y elaborar con el detalle necesario para cumplir esta función orientadora de políticas.

El examen de las normas y políticas sobre la base del principio de igualdad efectiva y no discriminación abarca también el *posible impacto discriminatorio* de estas medidas, aun cuando parezcan neutrales en su formulación³⁵ o se trate de medidas de alcance general y no diferenciado. Así lo entendió la Corte en el caso Jean y Bosico, respecto a las normas y trámites establecidos por la República Dominicana para otorgar la inscripción tardía de niños, que por la vía de requisitos excesivos y trabas burocráticas provocaban en los hechos el aumento de niños sin documentación y sin nacionalidad, lo que en el caso de los hijos de padres inmigrantes ilegales determinaba un claro agravamiento de su situación de exclusión, al privarlos del acceso a los beneficios y derechos sociales, como la educación. En el caso, más allá de que los trámites tenían alcance general, su efecto discriminatorio en perjuicio de un importante sector de la población, los hijos de los inmigrantes ilegales de origen haitianos, era evidente.

En este caso, además, la Corte estableció que el artículo 24 de la Convención Americana leído a la luz del deber de garantía de los Estados respecto a los derechos de la Convención no sólo exige no implementar políticas y medidas discriminatorias, sino *proteger frente a prácticas y conductas discriminatorias* que pudieran desplegar agentes públicos o actores no estatales. Este último punto extiende considerablemente las obligaciones de los Estados en relación con la tutela del principio de igualdad ante la ley, imponiendo un claro rumbo que obliga a formular políticas preventivas, sobre todo, frente a prácticas extendidas o situaciones estructurales de discriminación, aun cuando provengan de particulares. En ocasiones los Estados deben considerar la posibilidad de

implementar medidas más drásticas como *acciones afirmativas*, las que no sólo se consideran compatibles con el artículo 24 de la Convención, sino en ocasiones serán el tipo de acción de garantía indicado para asegurar el acceso y ejercicio de ciertos derechos por sectores que son víctimas de situaciones de desigualdad estructural o procesos históricos de exclusión.

Además de la aplicación del principio de igualdad, para agravar el examen de razonabilidad de las normas y políticas que imponen restricciones en el ejercicio de ciertos derechos, este principio fue considerado más o menos explícitamente para *agrarar también el deber de garantía* de los Estados, en el sentido de enfatizar la obligación de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas, tendientes a asegurar el ejercicio de ciertos derechos, como la vida, la protección familiar, la integridad física, el derecho de residencia, y en ocasiones derechos sociales como la salud y la educación, por personas que integran grupos o colectivos definidos por padecer situaciones de alta vulnerabilidad, o procesos históricos de exclusión o situaciones estructurales de desigualdad. Esta última cuestión tiene enorme relevancia con relación a la fijación de lineamientos de políticas públicas de inclusión social y estrategias de desarrollo en la región. Entre los sectores mencionados por el SIDH como sujetos de procesos históricos de discriminación y exclusión, se encuentran los pueblos indígenas³⁶ o la población afrodescendiente³⁷ y las mujeres en relación al ejercicio de ciertos derechos, como la integridad física³⁸ y la participación política³⁹. También se ha enfatizado la obligación de garantía de los Estados ante la existencia de sectores en situaciones de vulnerabilidad originadas en situaciones de desigualdad estructural, como vimos antes, los niños en situación de riesgo o internación, los inmigrantes indocumentados y, por lo tanto, sin acceso a servicios sociales básicos, en especial, los niños indocumentados, la población desplazada de sus territorios o las personas portadoras de HIV/SIDA, entre otros.

Este punto es de enorme relevancia, pues indica que el SIDH no recoge sólo una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural, que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado, cuando debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado la identidad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio o bien, o el ejercicio de un derecho⁴⁰. El empleo de la noción de igualdad material supone una herramienta de enorme potencialidad para examinar las normas que reconocen derechos, pero también la orientación de las políticas públicas que pueden servir para garantizarlos o en ocasiones que tienen el potencial de afectarlos. Con respecto a determinadas personas que integran grupos que resulten vulnerables o susceptibles de ser discriminados en sus derechos económicos, sociales y culturales, el Comité de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales de la ONU ha establecido que el Estado tiene la obligación de sancionar normas que los protejan contra esa discriminación y adoptar medidas especiales que incluyen políticas activas de protección⁴¹. Por lo demás, una de las principales obligaciones de los Estados es la determinación de cuáles son los grupos que requieren atención prioritaria o especial en un determinado momento histórico en el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales y la incorporación de medidas concretas de protección de esos grupos o sectores en sus planes de acción. Así lo ha establecido, por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU respecto a varios derechos, en especial, sobre el derecho a la vivienda⁴² y a la salud pública⁴³. De manera que, además de la identificación de los sectores tradicionalmente discriminados en el acceso a determinados derechos, es necesario que el Estado defina con carácter previo a la formulación de sus planes o políticas en el área social cuáles son los sectores que requieren una atención prioritaria al momento de formular sus políticas (por ejemplo, los habitantes de determinada área geográfica del país, o las personas de determinado grupo etario) y fije medidas para compensarlos o afirmar sus derechos.

La obligación del Estado de adoptar medidas positivas para resguardar el ejercicio de derechos sociales tiene importantes derivaciones, por ejemplo, en cuanto al tipo de información estadística que el Estado debe producir. La producción de información debidamente desagregada a efectos de determinar estos sectores desaventajados o postergados en el ejercicio de derechos, desde esta perspectiva no es sólo un medio para garantizar la efectividad de una política pública, sino una obligación indispensable para que el Estado pueda cumplir con su deber de brindar a estos sectores atención especial y prioritaria⁴⁴.

El principio de igualdad y no discriminación tendrá derivaciones también en cuanto a los criterios con los que deben distribuirse los presupuestos y el gasto social. La discriminación en el acceso a derechos puede provenir, por ejemplo, de la disparidad entre regiones geográficas postergadas. En algunos países de la región, por ejemplo, los procesos de descentralización en materia de educación pública y salud han agudizado la inequidad en el acceso a servicios públicos de calidad equiparable entre los habitantes de diferentes regiones geográficas.

5. El principio de participación y los derechos vinculados a la participación política

El principio de participación es clave en las estrategias y políticas de desarrollo como un método para identificar necesidades y prioridades a nivel local o comunitario. Este principio medular de participación puede ser precisado por su vinculación con el ejercicio de determinados derechos civiles y políticos, y en especial con las definiciones sobre el contenido y alcance de algunos de estos derechos en las instancias de protección internacional de derechos humanos. Existen, además, algunos derechos concretos de participación y consulta en los procesos de

decisión de políticas públicas sociales que están directamente definidos en normas internacionales o constitucionales.

De allí que resulte clave analizar en qué medida ciertos sectores discriminados o excluidos socialmente en la región, que suelen definirse como los beneficiarios de las acciones de promoción, padecen dificultades particulares para el ejercicio efectivo de algunos de estos derechos, lo que impone severos límites al éxito de los mecanismos formales de consulta y participación que se establecen habitualmente en las estrategias de desarrollo.

Es indudable que la participación política requerida en el marco de un proceso democrático no se limita a contar con un sistema institucionalizado de elecciones periódicas y limpias⁴⁵. Requiere fundamentalmente la posibilidad de ejercer algunos otros derechos que actúan en cierto modo como una condición previa para que un proceso democrático funcione con cierta regularidad, tales como el derecho de asociación, de reunión, la libertad sindical, la libertad de expresión y el derecho de acceder a la información, entre otros. La posibilidad real de ejercer estos derechos determinará la posibilidad de los sectores más pobres de incidir en los procesos políticos y en la orientación de las decisiones del gobierno, pero estará, a su vez, condicionada o limitada por el grado en el que puedan ejercer sus derechos económicos, sociales y culturales.

a. Uno de los temas de relevancia para garantizar la participación social de los sectores empobrecidos, y el ejercicio de sus derechos sociales básicos, es el derecho de *asociación y, en especial, la libertad sindical*. Se trata de una cuestión básica para garantizar la fortaleza de las representaciones de los sectores excluidos y la capacidad de acción y demanda de los trabajadores con diferentes grados de precariedad o estabilidad, por ejemplo, sobre condiciones del mercado de trabajo y las políticas de empleo, asuntos importantes en las estrategias de desarrollo y reducción de pobreza. También en este tema los órganos de protección internacional de derechos humanos pueden jugar un rol en la fijación de estándares uniformes a nivel regional. La entrada en vigencia del Protocolo de San Salvador le ha adjudicado al sistema interamericano la posibilidad de examinar casos sobre libertad sindical en relación a la mayoría de los países del área, lo que incluye derecho a huelga y de negociación colectiva, y fijar jurisprudencia uniforme y de seguimiento obligatorio, en toda la región en esta materia. La Corte IDH, por lo demás, ya se ha pronunciado expresamente sobre el alcance de la libertad sindical determinando que el Estado no tiene sólo una obligación negativa de respetar la acción sindical, sino también una obligación positiva de garantizar el ejercicio de los derechos sindicales sin temor a represalias y sin obstáculos o límites irrazonables, para lo cual los estándares de la OIT serán una vara importante a considerar.⁴⁶ Más allá de la actuación de los órganos especializados de la OIT, es importante considerar que la jurisprudencia del sistema interamericano puede fijar un piso común de derechos sindicales para toda la región y obligar a cambiar leyes y

prácticas restrictivas en el ejercicio de estos derechos en muchos países, con el consiguiente efecto de armonización legislativa. Se trata, por lo tanto, de un campo en el que la infraestructura regional en materia de derechos humanos puede aportar marcos conceptuales comunes de utilidad no sólo para las políticas de desarrollo, sino también para los procesos de integración comercial en curso a nivel regional y continental.

b. Otro tema central en la región que vincula a los sectores excluidos con la participación política es el alcance de los derechos de reunión y expresión frente a la práctica de algunos Estados de imponer limitaciones a las manifestaciones públicas, e incluso la utilización del derecho penal para sancionar acciones que podrían ser consideradas como parte del ejercicio de estos derechos, con el potencial efecto de acotar o inhibir algunas formas de contestación y protesta social, como los cortes de calles, bloqueos de caminos y ocupaciones temporales de espacios públicos y otras vías directas. En este sentido cabe señalar que este tipo de prácticas caracterizan las formas de reclamo y demanda al Estado de numerosas organizaciones de desocupados, movimientos indígenas y campesinos, aunque también han sido asumidas por algunas organizaciones gremiales, y se vincula esencialmente con el derecho a la participación política en el sentido de la capacidad de estos sectores de hacer oír su voz en la esfera pública. El Relator de Libertad de Expresión de la CIDH, en un reciente informe, ha procurado establecer un balance entre los derechos civiles en juego y el interés del Estado de mantener el orden público, fijando como principio que la *criminalización* o el uso de figuras penales para perseguir acciones de protesta social debe ser un último recurso que requiere la acreditación de un interés público imperativo⁴⁷. El tema es medular para el desarrollo de los procesos democráticos en la región, pues lo que se pone en juego en estas discusiones jurídicas es nada menos que la capacidad de acción colectiva de los sectores sociales más postergados, excluidos de las representaciones sociales del mundo del trabajo formal, y usualmente también excluidos del juego electoral. El examen legal requiere nada menos que determinar el posible alcance de estos derechos, y de las normas y prácticas que los restringen, como ya lo hizo previamente el SIDH con bastante claridad respecto de la aplicación del derecho penal frente al ejercicio de la libertad de expresión.

c. Otra cuestión que ha demandado la atención del sistema interamericano, vinculada al *ejercicio del derecho a la participación*, es la posibilidad de los pueblos indígenas de ejercer su derecho a la consulta respecto a las políticas que pudieran afectar sus territorios culturales, como explotaciones económicas y de recursos naturales, y a dialogar con las instancias del Estado y otros actores sociales a través de sus propias representaciones políticas⁴⁸. En este tema se observa la directa vinculación entre el ejercicio de derechos culturales y sociales con derechos civiles y políticos. Estos derechos fijados por instrumentos internacionales, tales como el Convenio 169 de la OIT, también han recibido reconocimiento con base en la Convención Americana. En una serie de decisiones recientes la Corte Interamericana ha establecido la obligación de los

Estados de disponer mecanismos adecuados para la participación y consulta de los pueblos indígenas en aquellas decisiones que pueden afectar el uso de sus recursos naturales o alterar de alguna manera sus territorios ancestrales⁴⁹. El derecho de consulta y participación también ha sido analizado en casos tramitados ante tribunales nacionales, como el caso del pueblo *U'wa –Embera Katío del Alto Sinú–* resuelto por la Corte Constitucional de Colombia⁵⁰. En Ecuador, por ejemplo, los tribunales establecieron en el marco de una acción de amparo, con fundamento en el derecho constitucional, el derecho de una comunidad indígena a ser representada por sus propias autoridades políticas en una negociación con una empresa privada concesionaria de una explotación petrolera en territorio indígena y la prohibición de que la empresa contactara directamente a los miembros de la comunidad⁵¹.

En una decisión reciente la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas para garantizar que los miembros de las *comunidades indígenas puedan participar*, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades de forma tal, que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a sus poblaciones en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones políticas y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización. La Corte en la sentencia dictada en el caso *Yatama*⁵², consideró que la legislación nicaragüense y las decisiones de los órganos electorales del Estado, habían limitado irrazonablemente la posibilidad de participación en un proceso electoral de una organización política representativa de las comunidades indígenas de la costa atlántica del país.

d. La inclusión de todos los sectores de la sociedad en los procesos políticos y sociales de desarrollo requiere como herramienta fundamental el adecuado *acceso a información pública* y un caudal de información disponible que brinde elementos para la evaluación y fiscalización de aquellas políticas y decisiones que los afectan directamente. Si bien el acceso a la información es un principio claro en las estrategias de desarrollo, una mirada desde los derechos puede permitir orientar más adecuadamente las políticas de transparencia y presionar a favor de los cambios institucionales necesarios en cada uno de los países. Paradójicamente, pese a que la mayoría de los países de la región han ratificado los principales instrumentos internacionales que consagran derechos civiles, muy pocos cuentan con leyes de acceso a la información pública y normas internas capaces de superar los estándares jurídicos mínimos sobre este tema. Recientemente se han elaborado valiosos documentos que procuran fijar el alcance del derecho fundamental de acceder a información en poder del Estado, consagrado en el derecho internacional de los derechos humanos. Es importante el que ha elaborado la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a partir del artículo 13 de la Convención Americana, pues sirve como parámetro al que deberían ajustarse las leyes

sobre acceso a la información de los países de la región que analizamos. Allí se establece que el derecho de acceso debe ser garantizado por los Estados, de modo que no puede ser limitado o restringido, salvo por razones excepcionales que serán examinadas bajo un criterio estricto. El principio es entonces la publicidad de la información pública, y la confidencialidad será la excepción de interpretación estricta. También se señala 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 determinados circunstancias. Antes analizamos algunos supuestos de obligación de producción de información vinculados al ejercicio de derechos de sectores excluidos o históricamente discriminados⁵³. También se señala la obligación de los Estados de fijar regímenes legales que aseguren el ejercicio de este derecho, que deben cumplir algunos requisitos mínimos: partir del principio de la máxima apertura de la información, la presunción de publicar respecto a reuniones y documentos claves, definiciones amplias sobre el tipo de información que es accesible, plazos cortos y costos razonables, revisión independiente de los rechazos de las solicitudes de información, sanciones por no cumplir con proporcionar la información solicitada y un procedimiento adecuado para fijar las excepciones al acceso⁵⁴.

También puede seguirse como una experiencia importante a considerar en la región la fijación en la denominada Convención de AARTHUS de estándares mínimos comunes en materia de acceso a la información, la participación ciudadana y el acceso a la justicia en materia ambiental, que ha servido como guía para la supervisión internacional de los procesos de formulación e implementación de políticas nacionales en esta materia⁵⁵. Obsérvese que este mecanismo internacional procura establecer marcos mínimos para la supervisión de políticas públicas en materia ambiental, escogiendo estratégicamente los mecanismos de participación y fiscalización que estamos sugiriendo en este artículo para el resto de las políticas sociales y estrategias de desarrollo.

6. El principio de rendición de cuentas y responsabilidad y el derecho de acceso a la justicia.

Sin duda, una de las principales cuestiones para explorar la potencialidad de la relación entre derechos y políticas sociales está en los mecanismos de rendición de cuentas y de responsabilidad. Ello, pues la lógica de los derechos implica necesariamente, como fuera dicho, mecanismos de exigibilidad, que contribuyen a reforzar los espacios de fiscalización y control de las políticas, los servicios públicos y las acciones de los gobiernos, así como de los demás actores sociales involucrados en las estrategias de desarrollo. Cuando hablamos de mecanismos de exigibilidad de los derechos no nos referimos exclusivamente a los sistemas de administración de justicia, aun cuando estos tengan un rol de importancia, sino que incorporamos en el concepto los procedimientos administrativos de revisión de decisiones, y de fiscalización y control ciudadano de las políticas, los espacios de reclamo para usuarios y

consumidores, las instancias de control político en los Parlamentos, las instituciones especializadas que resguardan derechos fundamentales, como las defensorías del pueblo, oficinas de protección de consumidores y defensa de la competencia, etc. Es claro que la idoneidad de los diversos mecanismos para fiscalizar y exigir el respeto de derechos por las políticas públicas no obedece tan sólo a una cuestión de diseño institucional, sino que está ligada a la apropiación por las organizaciones sociales, y al desarrollo de actores en la sociedad civil con vocación y recursos para utilizarlos. Procuraremos marcar tan sólo algunos puntos que nos parecen importantes para analizar en este tema, en muchos de los cuales sería indispensable afinar y profundizar los estándares jurídicos de modo de orientar la agenda de reforma judicial en la región.

a. El derecho de los derechos humanos tiene estándares bastante precisos sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para demandar por la vulneración de los derechos fundamentales⁵⁶. La obligación del Estado no es sólo negativa, de no impedir el acceso a esos recursos, sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos y, en especial, aquéllos que se encuentran en situación de pobreza o exclusión puedan acceder a esos recursos, para lo cual deberá remover los obstáculos sociales o económicos que dificultan o limitan la posibilidad de acceso a la justicia, pero además el Estado deberá *organizar un servicio público de asistencia jurídica gratuita*, y mecanismos para aliviar gastos y costas de los procesos para hacerlos asequibles, por ejemplo, estableciendo sistemas de eximición de gastos⁵⁷. Las políticas que apuntan a garantizar servicios jurídicos a personas carentes de recursos actúan como mecanismos para compensar situaciones de desigualdad material que afectan la defensa eficaz de los propios intereses y por ello, son quizá las políticas judiciales que se emparentan con las políticas y servicios sociales. El SIDH ha fijado la existencia de un deber estatal de organizar estos servicios como política positiva para compensar situaciones de desigualdad real, y garantizar igualdad de armas en un proceso judicial, pero no ha precisado mucho más sobre su naturaleza y características⁵⁸. Se trata de un tema en el que vale la pena precisar el alcance de los deberes estatales, y los principios que deben caracterizar la organización y prestación de este tipo de servicios, como herramienta indispensable para asegurar el ejercicio de derechos civiles, sociales y políticos por los sectores excluidos o en situaciones de pobreza.

b. En primer lugar, es necesario considerar que el área de las políticas sociales e incluso las prestaciones estatales en el campo de la educación y la salud no han estado guiadas en su organización y funcionamiento a una lógica de derechos. Por el contrario, las prestaciones se han organizado y brindado mayormente bajo la lógica inversa de beneficios asistenciales, por lo que este campo de actuación de las administraciones públicas ha quedado tradicionalmente reservado a la discrecionalidad política más allá de la existencia de algunos controles institucionales. El tema es complejo y difícilmente pueda entenderse de igual manera en todos los países de la región. La ampliación de funciones sociales del

Estado –en áreas tales como salud, vivienda, educación, trabajo, seguridad social, consumo o promoción de la participación de grupos sociales desaventajados– no necesariamente se ha traducido, desde el punto de vista técnico, en la configuración concreta de derechos. En muchos casos, el Estado asumió esas funciones a partir de intervenciones discrecionales o de formas de organización de su actividad –como la provisión de servicios públicos o la elaboración de programas o planes sociales focalizados– cuyo efecto social y económico no se asigna particularmente a sujetos titulares de derechos, sean éstos individuales o colectivos. Lo que sucede en muchos casos es que el Estado ha subordinado a su propia discrecionalidad y al manejo clientelista las prestaciones o intervenciones que las Constituciones o pactos de derechos humanos proyectan como derechos⁵⁹. Sin embargo, no hay ninguna imposibilidad teórica o práctica de configurar derechos exigibles también en estos campos, de modo de sumar a los mecanismos de control institucional, administrativos o políticos, el control que puedan ejercer sobre los prestadores o funcionarios, las personas que ejercen derechos vinculados a esas prestaciones sociales. El reconocimiento de derechos en las Constituciones y en los tratados está destinado a imponer obligaciones a los poderes públicos, por lo que requiere justamente reclamar esa configuración. No existen motivos que impidan reconocer la posibilidad de demandar en el plano de las políticas sociales derechos civiles, tales como el derecho de igualdad y no discriminación, el derecho de acceso a la información ni derechos sociales que fijen marcos y mínimos a esas políticas. Es indudable que una perspectiva de derechos en la formulación de los planes debe conducir a contemplar en su ingeniería institucional los estándares básicos de debido proceso, tales como el plazo razonable, el derecho a una decisión fundada, a la revisión por una instancia independiente, eventualmente judicial, a ser informado de los recursos disponibles, el principio de igualdad de armas, el derecho a contar con abogado en ciertos casos complejos, entre otros.⁶⁰ Pese a la importancia del tema, es necesario admitir que no ha merecido desarrollos claros en el ámbito del SIDH a diferencia de los precedentes que pueden encontrarse en el Sistema Europeo. Aun sin realizar un análisis jurídico preciso de los derechos que pueden ejercerse en estos *ámbitos administrativos*, la Corte ha tenido oportunidad de fijar posición sobre la aplicación de las garantías de *debido proceso legal en estos ámbitos*. También ha establecido la obligación de los Estados de contar con reglas claras para el comportamiento de sus agentes que eviten márgenes inadecuados de discrecionalidad que puedan fomentar prácticas arbitrarias o discriminatorias. Así se ha referido, por ejemplo, al trámite para inscribir tardíamente el nacimiento de niños en República Dominicana en el caso *Jean y Bosico* antes mencionado. Sin un examen detallado del fundamento legal utilizado, la Corte ha establecido que en estos trámites, al estar en juego el derecho a la nacionalidad y por esa vía otros derechos civiles y sociales, el proceso administrativo debía basarse en normas claras y objetivas, que restringieran los márgenes de discrecionalidad y evitaran la discriminación. Al mismo tiempo sostuvo que debían ser breves, sencillos y garantizar recursos judiciales para el

caso de denegación. También la CIDH y la Corte establecieron la necesidad de que ciertas garantías de debido proceso, como el acceso a un abogado, sean respetadas en los procedimientos administrativos sobre extranjería, sobre todo, cuando de estos pueda derivar la expulsión⁶¹.

c. También la Corte ha fijado algunos precedentes importantes sobre la vigencia de las garantías *del debido proceso a un plazo razonable y a la igualdad de armas, entre otras, en procesos judiciales de índole social, como los de seguridad social y laborales*⁶². La fijación de principios claros en este ámbito serviría para orientar una agenda de reformas judiciales, mejorando sustancialmente las garantías jurisdiccionales de los derechos sociales y su grado de exigibilidad, pero también permitiría examinar la legalidad de reformas procesales que tuvieron por objeto deliberado obstaculizar el ejercicio de estos derechos, tales como las implementadas en varios países de la región en los procedimientos de la seguridad, con diligencias dilatorias, déficit de recursos, afectación de la cosa juzgada, y trabas en las ejecuciones de decisiones contra los Estados, una cuestión presente en numerosos casos que se tramitan ante el SIDH. Es obvio que, por ejemplo, la demora irrazonable de los procesos laborales o previsionales, o las facultades exorbitantes de los Estados en estos últimos procedimientos, tienen un impacto negativo directo en su ejercicio efectivo⁶³.

Existen en el ámbito europeo algunas experiencias relevantes de fijación de marcos conceptuales sobre acceso a la justicia y respeto de derechos sociales, que sirven como parámetro para la supervisión por órganos comunitarios europeos del funcionamiento de servicios y políticas sociales nacionales⁶⁴. Este tipo de marcos podría elaborarse también en el ámbito regional a la luz de los estándares del sistema interamericano ya definidos y los que podrían establecerse interpretando las normas internacionales aplicables.

d. Por último, el reconocimiento de que esas políticas y servicios responden al cumplimiento de derechos económicos, sociales y culturales, conduce a reconocer la necesidad de contar con mecanismos adecuados y efectivos de reclamo de estos derechos de índole individual y colectiva. Este es un tema central a considerar en la agenda de reformas judiciales en la región, para fortalecer el acceso a la jurisdicción y la participación social en la fiscalización de las políticas estatales. Los diversos mecanismos de acceso a la justicia de naturaleza colectiva permiten la fiscalización de las políticas públicas por diversos actores sociales, en especial, grupos o comunidades afectadas por situaciones estructurales que afectan sus derechos.

Las acciones de amparo colectivo, las acciones de tutela, mandatos de segurança y de injunção brasileños, acciones de clase, acciones declarativas de certeza, acciones de inconstitucionalidad, acción civil pública, actúan como vías para el control social de las políticas y al mismo tiempo sirven para activar procesos de rendición de cuentas y sistemas de freno y contrapeso entre los mismos órganos del Estado. En estas acciones organizaciones ambientales, de usuarios, pueblos

indígenas, organizaciones de mujeres y de derechos humanos, o en ocasiones funcionarios públicos legitimados para representar actores colectivos, como el Ministerio Público, o el Defensor del Pueblo, han logrado incidir a través de la actuación de instancias judiciales, de maneras muy diversas, en la orientación de políticas sociales. Este tipo de acciones ha impulsado procesos de discusión de diversas políticas públicas. Por ejemplo: con relación a los lineamientos de reformas de la seguridad social; de políticas masivas de reducción de pensiones y salarios; de políticas de provisión de medicamentos frente al HIV/SID; de sistemas de cupos para la población afrodescendiente en el ámbito de la educación; de la distribución de partidas presupuestarias para la educación pública; de la exclusión de sectores sociales del alcance de planes asistenciales alimentarios; de prácticas de discriminación de inmigrantes en el acceso a servicios sociales y planes de vivienda; del incumplimiento de las políticas sociales para la población desplazada en un conflicto armado. Estas acciones, además, han contribuido a fiscalizar empresas que prestan servicios públicos a fin de tutelar los derechos de los usuarios, o empresas y grupos privados que realizan explotaciones económicas con efectos ambientales. También han servido para reclamar información y demandar mecanismos de participación en los procesos previos a la formulación de políticas, o al otorgamiento de concesiones de actividades económicas potencialmente nocivas⁶⁵.

Es evidente que los derechos sociales tienen una dimensión colectiva y su vulneración suele presentarse como afectación de grupos o colectivos más o menos determinados. Lo mismo puede decirse de aquellas acciones estatales que impactan en sectores sociales excluidos y que suelen presentarse como prácticas generales que configuran situaciones de características estructurales y que demandan remedios de naturaleza colectiva, tal como la afectación de derechos civiles, políticos y sociales de una comunidad indígena o de la población desplazada en Colombia. Un componente esencial de la exigibilidad de los derechos en la justicia es la posibilidad de contar con este tipo de acciones de representación de intereses públicos o colectivos, cualquiera sea su diseño procesal. Es indudable que este derecho está comprendido en el artículo 25 de la Convención Americana, y se encuentra vinculado íntimamente con el derecho de asociación y de participación en los asuntos públicos, en tanto se trata del tipo de recursos judiciales idóneos y efectivos para la tutela de este tipo de derechos. Es común que este tipo de remedios judiciales se encuentren limitados o condicionados por normas procesales reglamentarias o por una jurisprudencia restrictiva en cuanto a la legitimación activa, los medios de prueba, el régimen de costas y los costos del proceso, y las vías de ejecución de decisiones. Encuadrar estas acciones en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos en su dimensión colectiva podría brindar algunas líneas más claras sobre el tipo de reglamentación que los Estados pueden o no realizar. No obstante, no existen aún en el SIDH desarrollos precisos sobre el alcance de la obligación estatal de asegurar este tipo de procedimientos de reclamo en los sistemas judiciales nacionales. Una

jurisprudencia más precisa brindaría un marco conceptual de inestimable valor para afianzar este tipo de mecanismos de rendición de cuentas de los Estados y de participación de la sociedad civil en la fiscalización de políticas públicas⁶⁶.

Conclusión

En definitiva, no es difícil trazar numerosos puentes y relaciones entre el campo de los derechos humanos y los principios que suelen orientar o guiar las políticas sociales y estrategias de desarrollo. El potencial encuentro entre estos ámbitos dependerá en gran medida de la decisión de cambiar la lógica de formulación de ciertas políticas públicas y sus niveles de universalidad, transparencia y fiscalización.

En este potencial encuentro será fundamental también el rol que puedan jugar los órganos de supervisión internacional de derechos humanos, a partir de la fijación de estándares mínimos, más claros y precisos, en aquellos temas de interés común, como la igualdad, la participación política y el acceso a la justicia, que puedan servirle a los Estados como marco para la definición, implementación y evaluación de sus políticas públicas sociales, y funcionen también como un criterio común para facilitar la fiscalización de esas políticas por la sociedad civil y por las instancias de control institucional, como los sistemas de justicia.

Notas

- ¹ El presente artículo fue elaborado sobre la base del documento "Una Aproximación al Enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo en América Latina", presentado en el seminario: "Derechos y Desarrollo en América Latina: un Seminario de Trabajo", organizado por el BID y la CEPAL en Santiago de Chile, 9 y 10 de diciembre de 2004. El documento completo puede consultarse en www.iadb.org
- ² Mayra Buvinic, "La Inclusión Social en América Latina", en *Inclusión Social y desarrollo económico en América Latina*, Mayra Buvinic, Jacqueline Mazza y Juliana Pungiluppi, editores, BID, 2004, pp. 3-37.
- ³ Ver como ejemplo de informe sobre la situación de derechos humanos en un país que recoge la agenda de exclusión social y la perspectiva de incidencia en políticas públicas: "Justicia e Inclusión Social. Los Desafíos de la democracia en Guatemala", CIDH, 29/12/2003.
- ⁴ Sobre el valor de los informes temáticos regionales, como herramientas de incidencia de la CIDH en el contexto de democracias deficientes en la región, ver el preciso análisis de Tom Farer, "The Future of the Inter-American Comisión on Human Rights: Promotion versus Exposure", en *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Méndez, Juan E. y Cox, Francisco, eds., IDH, pp. 515-536.
- ⁵ Ver Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17 y Opinión Consultiva N° 18.
- ⁶ Méndez, Juan E. y Mariezcurrena, Javier, "Human Rights in Latin America and The Caribbean: A Regional Perspective", documento enviado para Human Development Report 2000, *Human Rights and Human Development*.
- ⁷ Ver Buvinic, Mayra, *La Inclusión Social en América Latina*, op. cit, pp. 7-8.
- ⁸ Pinheiro, Paulo Sergio, "La Efectividad de la ley y los Desfavorecidos en América Latina", en *La (in)efectividad de la ley y la Exclusión Social en América Latina*, Méndez, Juan E., O'Donnell, Guillermo y Pinheiro, Paulo Sergio (comps.), Paidós, 2002, pp.15-31.
- ⁹ Ver DFID-Department for International Development, "Realising Human Rights for poor people. Strategies for achieving the international development targets", octubre, 2000, London, UK, http://www.dfid.gov.uk/Pubs/files/tsp_human.pdf.; Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (OACDH), "Los Derechos Humana-

nos y la Reducción de la Pobreza. Un Marco Conceptual”, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004. Hunt, Paul, Nowak, Manfred and Osmani, Siddiq, Draft Guidelines: A Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies. OHCHR, 2002, Geneva. <http://193.194.138.190/development/finalversion.doc>; Appleyard, Susan, A Rights-Based Approach to Development: What the policy documents of the UN, development cooperation and NGO agencies say, 2002, OHCHR, Asia Pacific. <http://www.un.or.th/issues/rba/backgroundrba.pdf>; UNICEF, Taking Children Rights Seriously in the Southern Cone: UNICEF's Work in Argentina, Chile and Uruguay, 2001; UNESCO, Elements for an Overall UNESCO Strategy on Human Rights, 2002, Paris; SIDA, A Democracy and Human Rights Based Approach to Development Cooperation, 2001, Stockholm, <http://www.sida.se/SIDA/jsp/polopoly.jsp?d=514>. También constituye un antecedente lejano de esta perspectiva el enfoque de género en el desarrollo promovido desde los años setenta por las agencias de cooperación y organismos multilaterales.

¹⁰ Ver en tal sentido Hunt, Paul, Nowak, Manfred, and Osmani, Siddiq, *op. cit.*, Chapter 1. The process of Formulating Poverty Reduction Strategies in the Human Rights Approach. En igual sentido, la CIDH: “La pobreza extrema constituye una violación generalizada a todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como sociales, económicos y culturales. Los requerimientos del derecho humano a una vida digna trascienden los contenidos igualmente fundamentales del derecho a no ser ejecutado arbitrariamente, del derecho a la integridad personal, del derecho a la libertad personal, de los derechos relacionados con la democracia representativa y de los demás derechos civiles y políticos. Además de destinar recursos públicos por un monto suficiente para los derechos sociales y económicos, los Estados deben velar por un uso apropiado de esos recursos. La experiencia demuestra que la pobreza extrema puede afectar seriamente la institucionalidad democrática, pues constituye una desnaturalización de la democracia y hace ilusoria la participación ciudadana, el acceso a la justicia y el disfrute efectivo, en general, de los derechos humanos”, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, 2000, cap. V 17.

¹¹ Así por ejemplo, el marco de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU desarrolla claramente obligaciones, metas e indicadores para los derechos económicos, sociales y culturales. También están los trabajos de UNICEF, pues la Convención sobre los Derechos del Niño no establece distinciones entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales. El marco conceptual de DFID, por otro lado, si bien menciona con frecuencia derechos económicos, sociales y culturales, se organiza a base de tres ideas centrales: Inclusión, Participación y Cumplimiento de Obligaciones, sin ordenar la estrategia en función de derechos en particular. Los derechos referidos se plantean en relación a cada una de estas tres cuestiones.

¹² Ver Overseas Development Institute, ODI, Briefing Paper, *What Can We Do With a Rights-Based Approach to Development*, septiembre, 1999 (3).

¹³ Ver Alsop, Ruth y Norton, Andrew, *Power, Rights and Poverty Reduction*, Julio, 2004.

¹⁴ Así, por ejemplo, el plan social más importante del gobierno argentino para paliar la crisis social del 2001/2002, el Plan Jefes y Jefas de Hogar se planteó como el reconocimiento de un derecho familiar de inclusión. Pese al uso del término, no existió una discusión seria acerca de las implicancias del reconocimiento de un derecho a la obtención de la prestación fijada por el plan, y la diferencia con los beneficios asistenciales de disposición discrecional como era habitual en las políticas asistenciales anteriores, por ejemplo, en términos de su exigibilidad. Ver CELS, *Plan Jefes y Jefas ¿derecho social o beneficio sin derechos?*, Argentina, 2004. Disponible en www.cels.org.ar

¹⁵ Es interesante en tal sentido seguir el debate acerca de la posibilidad de leer y exigir el cumplimiento de las metas del milenio, que no tienen un lenguaje de derechos, desde la perspectiva de los derechos humanos, a fin de otorgarles un grado mayor de exigibilidad a nivel de cada país, más allá del compromiso político asumido por los Estados. Ver *Human Rights Perspective on the Millennium Development Goals Conference Report*, November, 2003. The Millennium Development Goals and Human Rights, disponible en www.conectasur.org/es/dialogodh/notices.php?cod=585

¹⁶ Cfr. Contreras Peláez, F., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, 1994, p. 21: “No existen, en resumen, obligaciones “negativas” puras (o, mejor dicho, derechos que comporten exclusivamente obligaciones negativas), pero sí parece posible afirmar una diferencia de grado en lo que se refiere a la relevancia que las prestaciones tienen para uno y otro tipo de derechos”.

¹⁷ Cfr. Contreras Peláez, F., *op. cit.*, pp. 17-20; De Castro, B., “Los derechos sociales: análisis sistemático”, en AAVV, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Murcia, 1981, pp. 15-17.

- ¹⁸ Ver Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), art. 21.1: “*Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social*” (el destacado es nuestro).
- ¹⁹ Ver por todos, Bourgoignie, T., *Elementos para una teoría del derecho del consumo*, Vitoria, 1994.
- ²⁰ Cfr. Ewald, F., *L’Etat Providence*, Paris, 1985, Libro IV.2.
- ²¹ TEDH, caso López Ostra v. España, A 303-C (1994). TEDH, caso Guerra y otros v. Italia, 19 de febrero 1988.
- ²² La jurisprudencia europea sobre obligaciones positivas en relación con el derecho a la vida ha tenido un importante desarrollo recientemente, en tal sentido en el caso *Osman v United Kingdom*, sentencia del 28 de octubre de 1998, el TEDH estableció que entre esas obligaciones se encontraba el deber primario de garantizar la vida implementando una legislación penal efectiva para evitar la comisión de delitos contra las personas, sosteniendo un sistema legal para la prevención, y el castigo de las conductas criminales. Esto incluye, en determinadas circunstancias, la obligación positiva de adoptar medidas operativas para proteger a un individuo o individuos cuya vida está en riesgo por actos criminales de otros individuos. Para que la obligación de actuar positivamente del Estado se pueda exigir, es necesario establecer que las autoridades “*sabían o debían haber sabido de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o de individuos identificados, originado por la conducta criminal de un tercero, y que esas autoridades omitieron tomar las medidas que podrían haber adoptado dentro del alcance de sus competencias, las cuales, juzgadas razonablemente, podría esperarse que hubieran evitado ese riesgo*”. La gama de obligaciones positivas impuestas al Estado varía considerablemente. Así, por ejemplo, el deber del Estado de *investigar oficialmente* si un individuo ha sido muerto a raíz del uso de la fuerza se ha entendido también como una consecuencia del artículo 2 leído junto con el deber general impuesto por el artículo 1 del Convenio. Ver TEDH, *Mc. Cann and other v. United Kingdom*, sentencia del 27 de septiembre de 1995, y *Kaya v. Turkey*, sentencia del 19 de febrero de 1998. Más recientemente, en *Mahmut Kaya v. Turkey*, sentencia del 28 de marzo del 2000, se establecieron deberes positivos con relación al derecho a la vida sobre la base del derecho a un recurso efectivo establecido en el artículo 13 del Convenio. Así sostuvo el TEDH que “*dada la importancia fundamental del derecho a la protección de la vida, el artículo 13 requiere adicionalmente al pago de una compensación cuando sea apropiado, desarrollar una completa y efectiva investigación capaz de conducir a identificar y castigar a los responsables de la privación de la vida y eso incluye el acceso efectivo de los peticionarios a los procedimientos*”.
- ²³ Ver al respecto Opinión Consultiva 17/2002, solicitada por la CIDH sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28 de agosto de 2002. Corte IDH, caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala), sentencia del 19 de noviembre de 1999. Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, párr. 159. Caso de la Comunidad Indígena Yakie Axa vs. Paraguay, sentencia del 17 de junio de 2005. Informe 32/05, admisibilidad, Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas afectadas por el VIH/SIDA contra Guatemala, 7 de marzo de 2005.
- ²⁴ Aun en este caso es posible señalar obligaciones negativas. De acuerdo a van Hoof, el Estado violaría el derecho a la vivienda, si admitiera que las viviendas modestas pertenecientes a personas de bajos recursos fueran demolidas y reemplazadas por viviendas de lujo que estuvieran fuera del alcance económico de los habitantes originales, sin ofrecerles acceso a viviendas alternativas en términos razonables. Ver van Hoof, G. H. J., “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some traditional Views”, en Alston, P. y Tomasevsky, K. (eds). *Rights to Food*, Utrecht, 1994, pp. 97-110. Con más razón, el Estado debe abstenerse de realizar por sí mismo el desplazamiento en dichas condiciones. El ejemplo dista de ser teórico: cfr. las observaciones realizadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el informe presentado por la República Dominicana (UN Doc. E/C.12/1994/15), puntos 11, 19 y 20 (citado por Steiner, H. y Alston, P., *International Human Rights in Context*, Oxford, 1996, pp. 321-321).
- ²⁵ Eide sostiene que es un error común, fruto de una escasa comprensión de la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, considerar que sólo el Estado debe satisfacer esos derechos y que por el costo que ello representa su provisión provocará indefectiblemente un desproporcionado crecimiento del aparato estatal. Entiende que es el individuo el sujeto activo de todo desarrollo económico y social tal como lo establece el art. 2 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo –Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 41/128 del 4/12/1986– y que, por lo tanto, en un primer nivel en relación a los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra la obligación del Estado de *respetar* la libertad de acción y el uso de los recursos propios de cada individuo –o de

colectividades como los indígenas— en pos de autosatisfacer sus necesidades económicas y sociales. En un segundo nivel existe una obligación estatal de *proteger* esa libertad de acción y uso de los recursos frente a terceros. Esta función de tutela es la más importante que ejerce el Estado en relación con los derechos económicos, sociales y culturales y es similar al rol que cumple como protector de los derechos civiles y políticos. En un tercer nivel existe una obligación de *asistencia* que puede asumir formas diversas —por ejemplo, el art. 11.2 del PIDESC—, y una obligación de *satisfacción* (que puede consistir en la directa provisión de medios para cubrir necesidades básicas como comida o recursos de subsistencia cuando no existan otras posibilidades). De tal modo, afirma el autor, el argumento de que garantizar los derechos civiles y políticos a diferencia de los derechos económicos, sociales y culturales, no requiere utilizar recursos públicos, resulta sólo sostenible si enfocamos las obligaciones estatales en relaciones a los derechos económicos, sociales y culturales sólo en el tercer nivel (asistencia y satisfacción) y las vinculadas a los derechos civiles y políticos sólo en el primer nivel (respeto). Ver Eide, A., “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights” en Eide, A., Krause, C. y Rosas, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht, Boston, Londres, 1995, pp. 21-49, en especial, pp. 36-38. Ver también Eide, A., “Realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Estrategia del nivel mínimo”, en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, N° 43, 1989.

²⁶ Ver van Hoof, G. H. J., *op. cit.*, p. 99. La distinción fue sugerida originalmente por Henry Shue, *Basic Rights, Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, Princeton, 1980. En el campo del derecho internacional de los derechos humanos, la distinción fue asumida —con alguna corrección, que reduce la enumeración a tres categorías: obligaciones de respeto, obligaciones de protección y obligaciones de garantía, satisfacción o cumplimiento— en los principales documentos interpretativos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General OG N° 3 (1990) “La índole de las Obligaciones de los Estados Partes - párrafo 1 del art. 2 del Pacto”, OG N° 4 (1991) “El Derecho a la Vivienda Adecuada—párrafo 1 del art. 11 del Pacto—”, OG N° 5 (1994) “Personas con Discapacidad”, OG N° 6 (1995) “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Personas de Edad”; “Principios de Limburgo” (1986); “Principios de Maastricht” (1997); CIJ, “Declaración y Plan de Acción de Bangalore” (1995); Encuentro Latinoamericano de Organizaciones de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Declaración de Quito” (1998).

²⁷ Cfr., en el mismo sentido, la opinión de Alexy, que aboga por una concepción amplia de las obligaciones positivas del Estado, o bien, de acuerdo a su denominación: “derechos a acciones positivas del Estado”. Estos incluirían los derechos de protección, los derechos a la organización y al procedimiento (que a su vez subclasifica en derechos a la organización en materia de competencias de derecho privado, procedimientos judiciales y administrativos, derechos a la organización en sentido estricto, y derecho a la participación en la formación de la voluntad estatal), y los derechos a prestaciones en sentido estricto. Ver Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, pp. 419-501.

²⁸ Cfr. Alexy afirma que “(u)na acción puede ser imposibilitada jurídicamente sólo si es un *acto jurídico*. Actos jurídicos son acciones que no existirían sin las normas jurídicas que para ella son constitutivas. Así, sin las normas del derecho contractual no sería posible el *acto jurídico* de la celebración de un contrato, sin el derecho de sociedades no sería posible el *acto jurídico* de fundación de sociedades, sin el derecho matrimonial no sería posible el *acto jurídico* de celebración del matrimonio, sin el derecho procesal no sería posible el *acto jurídico* de la demanda, y sin el derecho electoral, el *acto jurídico* del sufragio. El carácter constitutivo de las normas que las posibilitan caracteriza a estas acciones como *acciones institucionales*. Las acciones jurídicas institucionales son imposibilitadas cuando se derogan las normas que para ellas son constitutivas. Por lo tanto, entre la derogación de estas normas y la imposibilidad de las acciones institucionales existe una relación conceptual”. Cfr. Alexy, R., *op. cit.*, pp. 189-190. Nuestro argumento es aquí complementario al de Alexy: las “acciones jurídicas institucionales” no sólo son imposibilitadas cuando se derogan las normas que para ellas son constitutivas, sino también cuando no se las crea. Si la constitución o un pacto de derechos humanos establece derechos cuyo ejercicio depende conceptualmente de la creación de normas, esto implica la obligación estatal positiva de crear estas normas. Alexy retoma el punto cuando trata los derechos a acciones positivas, que distingue entre derecho a acciones positivas *facticas*, y a acciones positivas *normativas*. Los derechos a acciones positivas *normativas* son “derechos a actos estatales de imposición de norma”. Cfr. Alexy, R., *op. cit.*, pp. 194-195.

²⁹ En este sentido, por ejemplo, si se le quiere dar algún contenido operativo, el derecho a asociarse libremente supone la obligación estatal de dar relevancia o reconocimiento jurídico a la asociación que resulte del ejercicio de dicho derecho. Del mismo modo, el derecho a formar un sindicato o a afiliarse a un sindicato implica el derecho a otorgar

consecuencias jurídicas relevantes a su actuación. El derecho político a elegir presupone la posibilidad de elegir entre distintos candidatos, lo que a su vez supone una regulación que asegure la posibilidad de que varios candidatos representen a partidos políticos y se presenten a elecciones. El derecho a la información implica al menos el establecimiento de una regulación estatal, tendente a asegurar el acceso a información de origen diverso y la pluralidad de voces y opiniones. El derecho a casarse implica la existencia de una regulación jurídica que otorgue alguna virtualidad al hecho de contraer matrimonio. El derecho a la protección de la familia supone la existencia de normas jurídicas que asignen a la existencia de un grupo familiar algún tipo de consideración diferencial con respecto a su inexistencia. El goce de estos derechos supone un complejo de normas que establezcan consecuencias jurídicas relevantes que se desprendan de ese permiso original. Nuevamente, puede tratarse de nuevas normas permisivas –por ejemplo, la posibilidad de que la asociación celebre contratos, o la posibilidad de que el matrimonio inscriba su vivienda como bien de familia, protegiéndola de posibles ejecuciones, etc.–, de prohibiciones para el Estado –por ejemplo, la imposibilidad de imponer restricciones arbitrarias o discriminatorias en el ejercicio de los derechos mencionados, o bien, la prohibición de discriminación entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio– o incluso de mandatos para el Estado: obligación de reconocimiento de los candidatos propuestos por los partidos políticos, o de los delegados sindicales.

³⁰ Gran parte de las regulaciones vinculadas con los derechos laborales y sindicales comparten esta característica, del mismo modo que la relativamente reciente normativa de defensa del consumidor y de protección del medio ambiente. Así, el establecimiento de un salario mínimo, el principio que establece la igualdad de remuneración ante igualdad de tareas, la obligatoriedad de los descansos, de la jornada de trabajo limitada y de vacaciones pagadas, la protección contra el despido arbitrario, las garantías de los delegados gremiales para el cumplimiento de gestión, etc., tendrían poco sentido si fueran exigibles sólo al Estado cuando éste actúa como empleador. Frente a economías de mercado, el contenido de estas obligaciones estatales es el de *establecer una regulación que se extienda a los empleadores privados*. Lo mismo cabe decir con respecto a las normas que regulan las relaciones de consumo y con las referidas al establecimiento de obligaciones ambientales. En otros supuestos, la regulación estatal puede establecer limitaciones o restricciones a la libre asignación de factores económicos por parte del mercado, de modo de promover o favorecer el acceso de sectores de menores recursos a derechos tales como la vivienda. La regulación estatal de las tasas de interés en materia hipotecaria y la regulación de los arrendamientos con destino de vivienda familiar son ejemplos de este tipo de medidas. Sin embargo, estas limitaciones no se limitan al campo económico. El derecho de rectificación o respuesta es un buen ejemplo de esto: en estos casos, el Estado establece restricciones al libre uso de un medio periodístico privado, en favor del particular que se siente afectado por la información inexacta o agravante. Del mismo modo, la obligación estatal de asegurar a toda persona “el derecho de beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”, supone el establecimiento de una regulación que sea imponible a terceros y no sólo al propio Estado.

³¹ Un tema complejo que no podremos analizar es la articulación de responsabilidades entre los Estados federales y los Estados provinciales y locales. Los tratados de derechos humanos que se toman como base del enfoque de derechos fijan obligaciones para los Estados federales que no pueden deslindar en la negligencia o incumplimiento de las autoridades locales. De tal modo, tienden a federalizar ciertas cuestiones, al imponer deberes mínimos que el Estado federal debe respetar. Las estrategias de desarrollo procuran, en general, el camino de la descentralización, para garantizar mejores niveles de participación y definición de prioridades. En muchos casos, si bien el Estado federal debe responder, incluso ante instancias internacionales, por la violación de derechos humanos, el sistema constitucional no le brinda herramientas para intervenir de manera preventiva en la forma en que los Estados provinciales o locales están ejecutando una política social o una reforma institucional. De modo que puede ser deudor de última instancia, pero sin los medios para evitar preventivamente la violación de derechos. En Argentina, por ejemplo, la Corte Suprema le ha impuesto al gobierno federal la obligación de brindar servicios de asistencia sanitaria luego de que los efectores provinciales han fracasado en suministrarlos, por considerarlo garante final del derecho a la salud consagrado por la Constitución y los Pactos de derechos humanos. Sin embargo, en un sistema federal como el argentino, el Estado no tiene mecanismos constitucionales adecuados para intervenir con relación al diseño de las políticas de salud pública en las provincias.

³² Sobre este punto es importante considerar que el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales confiere a la Corte IDH la facultad de supervisar el

- cumplimiento de las obligaciones fijadas en el tratado, aunque limita su competencia en relación a las peticiones individuales a casos sobre libertad sindical y derecho a la educación. Como vimos, el SIDH ha extendido la interpretación de varios derechos civiles hasta cubrir cuestiones tradicionalmente tuteladas por derechos sociales. También existe un debate sobre la competencia para aplicar normas sobre derechos económicos, sociales y culturales en casos contenciosos sobre la base del artículo 26 de la Convención Americana. Sobre el tema puede verse: Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor, "La Tutela de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en Martín, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego, Guevara B., José A. (comps), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Fontamara-American University-Universidad Iberoamericana, México, 2004, pp. 457-480. Courtis, Christian, "La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales a Través del Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en Courtis, Christian; Hauser, Dense, y Rodríguez Huerta, Gabriela (comps.), *Protección internacional de los derechos humanos: nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005, pp. 1-66.
- ³³ Informe 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra c. Guatemala, 19 de enero de 2001.
- ³⁴ Ver Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03 Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Puede consultarse en particular el *amicus* presentado por el Centro de Estudios Legales y Sociales y la Clínica Jurídica sobre Inmigrantes y Refugiados de la Universidad de Buenos Aires.
- ³⁵ En tal sentido sostuvo la Corte en el caso Jean y Bosico: "La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas".
- ³⁶ Sobre las obligaciones positivas de los Estados de garantizar el ejercicio de ciertos derechos civiles, políticos y sociales por los miembros de las comunidades indígenas pueden verse los casos *Masacre de Plan Sánchez vs. Guatemala*, del 29/4/2004; caso *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, del 15 de junio de 2005; y *Comunidad Indígena Yakie Axa vs. Paraguay*, del 17 de junio de 2005. Es interesante señalar que la construcción de esta idea de protección especial cubre desde las secuelas de crímenes de lesa humanidad cometidos en el marco de conflictos armados en Centro América en los años 80, hasta el desplazamiento forzoso como consecuencia de la violencia política, y casos sobre derecho a la tierra y el acceso a la justicia y a la participación política de estas comunidades. El punto es importante, pues marca una continuidad entre el trabajo histórico del SIDH de impedir la impunidad de las violaciones sistemáticas de derechos humanos y la agenda más reciente vinculada con los derechos culturales y sociales y las medidas de protección positivas de determinados sectores víctimas de procesos de exclusión. A diferencia de las víctimas predilectas de las dictaduras militares del Cono Sur, que fueron dirigentes y líderes sociales y políticos, en Guatemala los pueblos indígenas fueron víctimas de aquellos procesos de violencia política y de estos procesos de exclusión y negación de derechos, aun con sistemas democráticos.
- ³⁷ Ver Fry, Meter, "Color e imperio de la ley en Brasil", en Méndez, Juan; O'Donnell G. y Pinheiro, Paulo Sergio (comps.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, Barcelona, México, 2002, pp. 191-212; Arias, O.; Yamada G. y Tejerina, L., "Ingresos y color en Brasil: una historia compleja", en Buvinic, M., Mazza J. y Pungiluppi, J. con Deutsch, R. *Inclusión Social y desarrollo económicos en América Latina*, BID, 2004, pp. 215-236. Ver el caso *Simona André Diniz contra Brasil*, Informe 37/02 declarado admisible por la CIDH en el que se alega incumplimiento del deber estatal de protección frente a conductas discriminatorias de particulares basadas en el color o la raza.
- ³⁸ Sobre la obligación de adoptar políticas y medidas positivas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, puede verse el Informe 54/01, *María Da Penha-Maia Fernández contra Brasil*, del 16 de abril de 2001.
- ³⁹ Ver Informe 103/01, *María Merciadri de Moroni contra Argentina* del 11 de octubre de 2001, sobre cupos en el sistema electoral argentino.
- ⁴⁰ Para un análisis de estas nociones, cf. Ferrajoli, L., "Igualdad y diferencia", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, pp. 73-96; García Añón, J. G. "Current Problems of Legal Dogmatics in European Regulation: The principle of Equality and the

Policies of Affirmative Action, en M. van Hoecke y F. Ost (eds), M. Barrère Unzueta, *Discriminación, Derecho Antidiscriminatorio y Acción Positiva a favor de las mujeres*, Madrid, 1997; Fiss, Owen, "Grupos y la Cláusula de Igual protección", en Gargarella; Roberto (comp), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, 1999, pp.137-167. Saba, Roberto, "(Des)igualdad estructural", en Amaya, Jorge (eds.), *Visiones de la Constitución 1853-2004*, UCES, Buenos Aires, 2004, pp. 479-514.

- ⁴¹ La adopción de medidas especiales, incluso legislativas, y de políticas activas en resguardo de grupos vulnerables en relación a los derechos económicos, sociales y culturales surge de diferentes instrumentos. La obligación de proteger a los grupos más vulnerables y menos protegidos en períodos de ajuste económico surge de las OG N° 2, punto 9, y OG N° 3, puntos 12 y 13 y, en relación a las personas con discapacidad y ancianos, de las OG N° 5, punto 9 y OG N° 6 punto 17, respectivamente. La OG N° 4, punto 8 e) establece que debería garantizarse cierto grado de prioridad en relación al acceso a la vivienda a grupos desfavorecidos, como ancianos, niños e incapacitados físicos, enfermos terminales, pacientes VIH positivos, personas con problemas médicos persistentes, enfermos mentales, víctimas de desastres naturales o personas que viven en zonas riesgosas, así como el acceso a la tierra a los grupos desprovistos o empobrecidos. En igual sentido, el Comité señala que las mujeres, los niños, los ancianos y los pueblos indígenas y las minorías étnicas se ven afectados de manera desproporcionada por los desalojos forzosos, de modo que requiere adoptar medidas de protección apropiada, OG N° 7, punto 10.

En la OG N° 5, punto 18, se establece que las medidas que se adopten para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad no serán consideradas discriminatorias en el sentido del art. 2.2. del Pacto, mientras tengan fundamento en el principio de igualdad y se utilicen únicamente en la medida necesaria para conseguir dicho objetivo. Las medidas de protección especial de grupos o personas vulnerables se consideran en los Principios de Limburgo (Principios 14 y 39).

- ⁴² OG N° 4, punto 13.

- ⁴³ OG N° 14, puntos 43 f y 53.

- ⁴⁴ Como señala el DFID, "en la mayoría de los países en desarrollo la información desagregada relativa a pobreza no suele estar disponible a base de condición social, religión o etnia, o al lugar de residencia. Cuando la información ha sido relevada los gobiernos deberían buscar hacerla ampliamente accesible. Los países más pobres pueden tener mínima capacidad de relevar información estadística. Esto hace mucho más difícil al gobierno y a los ciudadanos identificar en qué medida la imposibilidad de la población de ejercer sus derechos puede estar asociada con procesos de exclusión social e inequidades estructurales. En algunos casos hay información separada sobre hombres y mujeres; pero, en el presente, la sistemática recolección de información en los países en desarrollo sobre la base de otras diferencias sociales no es posible. Este déficit de información podría ser parcialmente superado si las instituciones nacionales de estadística desarrollan e implementan procesos de búsqueda de información orientados a indicar el alcance con el cual diferentes sectores de la población están crecientemente gozando de sus derechos". Department for International Development, DFID, "*Realising human rights for poor people*", punto 6.7. Para un análisis de la experiencia de producción de estadísticas desagregadas sobre grupos excluidos, ver: Buvinic, M. "La inclusión social en América Latina", en Buvinic, M.; Mazza J. y Pungiluppi J. con Deutsch, R., *Inclusión Social y desarrollo económicos en América Latina*, BID, 2004, pp. 3-35.

- ⁴⁵ O'Donnell, Guillermo, "Teoría democrática y política comparada", *Desarrollo Económico, Revista de Ciencias Sociales*, enero-marzo 2000, vol. 39 pp. 519-568.

- ⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C, N° 72. Ver también *Huilca Tecse vs. Perú*, del 3 de marzo de 2005.

- ⁴⁷ Informe Anual 2002 del Relator Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo IV. Libertad de Expresión y Pobreza. Ver también sobre el debate legal sobre derechos de reunión y persecución penal, CELS, *La Respuesta del Estado frente a la Protesta Social. 1996 a 2002*, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2003; Gargarella, Roberto, *El Derecho a la Protesta. El Primer Derecho*, editorial AD Hoc, Buenos Aires, 2005.

- ⁴⁸ Ver Aylwin, José, "Derechos Humanos y derechos indígenas en América del Sur: antecedentes, movimientos y desafíos", en *Temas de Derechos Humanos en Debate*, IDL y Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Lima, junio 2004, pp. 153-222.

- ⁴⁹ Corte IDH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001, y también los casos *Plan Sánchez*; *Moiwana* y *Yakie Axa*, antes citados.

- ⁵⁰ Ver Comisión Colombiana de Juristas, *El Papel de la Corte Constitucional y la Tutela en la realización del Estado Social de Derecho*, CCJ, Bogotá, 2003, p. 28
- ⁵¹ En el caso la *Federación Independiente del Pueblo Suhar de Ecuador* contra la empresa petrolera Arco, Ver "*Tarimat*", *Firmes en nuestro territorio. FIPSE vs. Arco*, CDES, Quito, 2001.
- ⁵² Caso Yátama contra Nicaragua, del 23 de junio de 2005. En esta sentencia la Corte comienza a definir el alcance del derecho a la participación política consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana y considera que comprende, además de la participación en procesos electorales formales también la participación en otros mecanismos de discusión y fiscalización de políticas públicas. También se procura avanzar en la sentencia en mayores precisiones sobre el alcance de la obligación estatal de garantizar este derecho de participación respecto de sectores sociales excluidos o que se encuentran en situación de desventaja en el ejercicio de este derecho. Para ello el tribunal vincula el derecho a la igualdad, entendido como igualdad no sólo formal, sino sustantiva, con el derecho de asociación y de participación política. Ver en tal sentido el voto concurrente del juez Diego García Sayán.
- ⁵³ La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Para) establece 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. Se trata, como vemos, de una obligación de producción de información clara y exigible como derecho.
- ⁵⁴ 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. En este documento, además, se hace una reseña de las discusiones sobre reformas legislativas en la materia en América. Ver también, Article XIX, *The Public's Right to Know: Principles on Access to Information Legislation* (june 1999), disponible en <http://www.article19.org/docimages/>. *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information* (November 1996), disponible en <http://www.article19.org/docimages/511>. Kate Doyle, "*Freedom of Information in Mexico*", 2 May 2002, disponible en <http://www.gwu.edu/~nsarchvi/NSAEBB/NSAEBB68>. Toby Mendel, "Freedom of Information as an Internationally Protected Human Right", Article 19, 2000, en www.article19.org. CELS, *La Información como herramienta para la protección de los derechos humanos*, 2004. Ver Abramovich, V., y Courtis, C., "El acceso a la información como derecho", en E.L. Duhalde (ed.), *Anuario de Derecho a la Información*, Madrid, 2000.
- ⁵⁵ La Convención sobre Acceso a la Información, la Participación del Público en la toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales, celebrada en Aarhus, Dinamarca, en 1998, adoptada originalmente en el ámbito de las Naciones Unidas y luego adoptada como directiva por la Unión Europea. Puede verse especialmente la actividad del grupo de trabajo de Estados parte y *Task Force*, sobre su implementación a nivel doméstico.
- ⁵⁶ La jurisprudencia sobre recurso judicial efectivo es clara en el ámbito del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Así, en el caso *Genie Lacayo*, la Corte IDH ha señalado al respecto que "*los artículos 25 y 1.1 de la Convención se refuerzan mutuamente, en el sentido de asegurar el cumplimiento de uno y de otro en el ámbito del derecho interno: los artículos 25 y 1.1 requieren, conjuntamente, la aplicación directa de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados-partes. En la hipótesis de supuestos obstáculos de derecho interno, entra en operación el artículo 2 de la Convención, que requiere la armonización con ésta del derecho interno de los Estados-Partes. Estos últimos se encuentran obligados, por los artículos 25 y 1.1 de la Convención, a establecer un sistema de recursos internos sencillos y rápidos, y a dar aplicación efectiva a los mismos. Si de facto no lo hacen, debido a supuestas lagunas o insuficiencias del derecho interno, incurrir en violación de los artículos 25, 1.1. y 2 de la Convención.*"

El tribunal ha analizado el tema también en relación con la necesidad de agotar recursos internos, fijando los alcances del concepto de recurso judicial efectivo en la Convención Americana ya desde sus primeros pronunciamientos. Así, en el caso *Velázquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, entiende que, de acuerdo a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos, los recursos judiciales deben existir no sólo formalmente, sino que deben ser efectivos y adecuados. "*Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos existen*"

múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable... Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido". Ver Corte I.D.H., Velázquez Rodríguez, párs. 64 y 66.

En el sistema europeo, la jurisprudencia sobre recurso judicial efectivo ha obtenido un importante desarrollo en los casos recientes contra Turquía. Así, en *Mahmut Kaya v. Turkey*, sentencia del 28 de marzo del 2000, el TEDH ha sostenido que "el artículo 13 de la Convención garantiza la disponibilidad en el nivel nacional de un recurso para exigir la sustancia de los derechos y libertades de la Convención cualquiera sea la forma en que estos pudieran ser asegurados en el nivel doméstico. El efecto del artículo 13 es entonces el de requerir la provisión de un recurso doméstico para atender las demandas sustanciales que pudieran iniciarse bajo la Convención y garantizarles un remedio apropiado, sin embargo, los Estados partes tienen alguna discreción acerca de la manera en que cumplirán con esta cláusula. El alcance de la obligación impuesta por el artículo 13 varía dependiendo de la naturaleza de las peticiones de las víctimas. Sin embargo, el remedio requerido por el artículo 13 debe ser "efectivo" en la práctica tanto como en la norma, en particular, en el sentido que su ejercicio no debe ser impedido injustificablemente por actos u omisiones de las autoridades estatales". Ver al respecto, además, *Aksoy v. Turkey*, sentencia del 18 de diciembre de 1996, *Aydın v. Turkey*, sentencia del 25 de septiembre de 1997, *Kaya v. Turkey*, sentencia del 19 de febrero de 1998. Sobre el tema de la falta de recursos internos en casos de violaciones sistemáticas de derechos humanos pueden consultarse: Reidy, A. Hampson, F.Y. Boyle, M., "Gross Violations of Human Rights: Invoking the European Convention on Human Rights in the case of Turkey", en *Netherland Quarterly of Human Rights*, Vol. 15/2, pp. 161-173, 1997.

⁵⁷ CIDH, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, "Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b CA)". Inspirándose en el caso *Airey*, la Corte sostuvo que "la circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso", pág. 28. También se refirió expresamente la Corte a la obligación estatal de garantizar servicios jurídicos gratuitos a las personas sin recursos cuando resulte indispensable para garantizar acceso efectivo e igualitario a la justicia en la OC 18/03 Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. En este documento sostuvo la Corte: "Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no sólo formal sino real".

⁵⁸ "Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas". Corte IDH, Opinión Consultiva 16/99 sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*.

⁵⁹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, "Estado social y Estado de derecho", en Abramovich, Víctor; Añón, María José y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, pp. 11-21. Una lectura posible del actual intento de desmantelamiento de los Estados de bienestar desde esta perspectiva pondría énfasis no sólo en la reducción de servicios sociales, sino también en la precarización del vínculo jurídico entre el Estado y el destinatario de la política social respectiva. Una clara manifestación de esta precarización es el paso de políticas sociales universales fundadas en el reconocimiento de derechos subjetivos, a programas sociales focalizados y transitorios, fundados en la intervención discrecional del poder público. Ver al respecto Lo Vuolo, Rubén Barbeito, Alberto; Pautassi, Laura, y Rodríguez, Corina, *La pobreza... de la política contra la pobreza*, Miño y Dávila-CIEPP, Buenos Aires, 2000, pp. 191-202.

- ⁶⁰ Ver “Las pensiones por vejez frente al derecho a la seguridad social”, CELS, 2004, en www.cels.org.ar. En esta investigación se analizan los procedimientos administrativos para el otorgamiento de pensiones sociales desde los estándares de debido proceso fijados por la jurisprudencia constitucional argentina y el sistema interamericano de derechos humanos. Los sistemas de control social basados en la lógica de los derechos pueden tener puntos de contacto, pero también diferencias con los mecanismos de “social accountability” tradicionalmente considerados por las instituciones financieras internacionales. Para un examen de estas diferencias, ver Ackerman, John, “Human Rights & Social Accountability”, FLACSO, México, 2004.
- ⁶¹ Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.
- ⁶² Ver en tal sentido el caso *Baena*, citado, y el caso *Benvenuto (caso de los cinco pensionistas) vs. Perú*.
- ⁶³ Para un análisis más exhaustivo de los principales problemas de debido proceso legal en los procesos vinculados a la determinación de derechos sociales pueden consultarse, Abramovich, Víctor y Curtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2001, cap. 3, pp. 179-200.
- ⁶⁴ Puede verse en tal sentido el documento: “Guidelines for improving acceso to social protection and explanatory memorandum”, elaborado por Group of Specialists on Access to Social Protection. También puede consultarse: European Committee For Social Cohesion (CDCS), Group of Specialists on User Involvement in Social Services and Integrated Social Services Delivery: “User Involvement in Social Services”, Final Report 2003/2004, Strasbourg 30 de septiembre de 2004. Ver también el documento: “Access to Social Rights in Europe”, Report by Mary Daly, Queen’s University, Belfast, adoptado por European Committee for Social Cohesion (CDCS), Strasbourg 28/30 de mayo 2002.
- ⁶⁵ Ver Provoste, P. y Silva, P., “Acciones de interés público por la no discriminación de género”, en F. González y F. Viveros (eds.), *Ciudadanía e Interés Público. Enfoques desde el Derecho, la Ciencia Política y la Sociología*, cuadernos de análisis jurídicos, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 1998, pp. 9/61; Jorge Correa Sutil, “Reformas Judiciales en América Latina. ¿Buenas Noticias para los Pobres?”, en J. Méndez, G. O’Donell y P.S. Pinheiro (comp), *La (in)efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, México, Barcelona, 2002, pp. 257/278. B. Londoño Toro (editora), Eficacia de las Acciones Constitucionales en Defensa de los Derechos Colectivos, Colección Textos de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2003. Abramovich, Víctor, “El Acceso a la Justicia y Nuevas Formas de Participación en la Esfera Política”, *Revista La Ley*, Buenos Aires, en prensa.
- ⁶⁶ Lo que se demanda en definitiva de los órganos del sistema es un esfuerzo de elaboración de principios y estándares similar al desarrollado en relación a las acciones de *habeas corpus* como recurso judicial clásico para la tutela de derechos civiles. Es interesante señalar que el SIDH sí ha entendido que comprende la protección del artículo 25 de la Convención la efectividad de recursos de *habeas corpus* colectivos destinados a controlar situaciones colectivas de hacinamiento y trato inhumano en lugares de detención (caso Instituto de Reeducación del Menor). Además, consideró que integra el derecho al recurso efectivo la posibilidad de plantear acciones de inconstitucionalidad contra normas contrarias a la Convención Americana (caso *Hilarie vs. Trinidad y Tobago*). La Corte IDH sostuvo, asimismo, que los Estados tienen el deber de asegurar recursos judiciales y otros recursos efectivos para implementar el derecho colectivo de las comunidades indígenas de acceder a sus tierras ancestrales (casos *Awas Tigni* y *Yakie Axa*). Es importante señalar que el mismo sistema ha evolucionado gradualmente hasta reconocer medidas cautelares y provisionales de índole colectiva que, más allá de los requisitos formales de identificación de las víctimas, actúan como una suerte de amparo colectivo o *habeas corpus* colectivo internacional, por ejemplo, en materia de expulsión de inmigrantes haitianos en República Dominicana, protección de una comunidad de paz amenazada por paramilitares colombianos, o en relación con situaciones estructurales o generalizadas de hacinamiento, superpoblación y violencia carcelaria (casos *Urso Branco*, *Penitenciarias de la Provincia de Mendoza*). También se ha reconocido a grupos o colectivos determinados como “parte lesionada” a efectos de recibir reparaciones en casos contenciosos. En tal sentido, puede verse la evolución de este concepto en los casos ya citados *Masacre de Plan Sánchez*, *Moiwana* y *Yakie Axa*. Esta evolución refleja indudablemente el reconocimiento de la importancia de las acciones de naturaleza colectiva como mecanismos de acceso a la justicia y de tutela efectiva de los derechos humanos ante situaciones de naturaleza estructural.