

Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo

Víctor Abramovich

El denominado “enfoque de derechos en las políticas y estrategias de desarrollo” considera el derecho internacional sobre los derechos humanos como un marco conceptual aceptado por la comunidad internacional, capaz de orientar el proceso de formulación, implementación y evaluación de políticas en el campo del desarrollo, y como una guía para la cooperación y la asistencia internacionales respecto a las obligaciones de los gobiernos donantes y receptores, el alcance de la participación social y los mecanismos de control y responsabilidad que se necesitan a nivel local e internacional. Este trabajo analiza algunos puntos de encuentro y desencuentro entre el ámbito del desarrollo y el de los derechos humanos y procura establecer algunas relaciones entre ciertos derechos fundamentales —como el derecho a la igualdad, a la participación política y al acceso a la justicia— y las nociones de inclusión, participación y rendición de cuentas, usadas con frecuencia en las estrategias de desarrollo.

Víctor Abramovich
Profesor,
Facultad de Derecho,
Universidad de Buenos Aires.
Miembro de la Comisión Interamericana
de Derechos Humanos de la
Organización de los Estados Americanos
(OEA)

 abramovichv@gmail.com

I

Relaciones y desencuentros entre desarrollo y derechos

Este trabajo examina algunos temas que son objeto de debate en el intento por establecer relaciones entre las políticas y estrategias nacionales e internacionales de desarrollo y el derecho internacional sobre derechos humanos, y expresa algunos puntos de vista sobre la pertinencia de este enfoque en el contexto político, social e institucional de América Latina.

Recientemente, numerosas agencias de cooperación para el desarrollo e instituciones internacionales, como el Departamento de Desarrollo Internacional del Gobierno del Reino Unido (DFID), el Organismo Sueco de Cooperación para el Desarrollo Internacional (OSDI), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM) y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, han planteado la necesidad de reforzar ese vínculo y desplegado importantes esfuerzos para ello. Así, han elaborado nuevos marcos conceptuales para sus estrategias de acción, procurando que esos marcos se basen en un conjunto de principios, reglas y estándares de derechos humanos.¹

El denominado “enfoque de derechos en las políticas y estrategias de desarrollo” considera el derecho internacional sobre derechos humanos principalmente como un marco conceptual que es aceptado por la comunidad internacional y que puede ofrecer un sistema coherente de principios y reglas en el ámbito del desarrollo. También lo mira como una guía amplia acerca de: la forma de llevar a cabo el proceso de

cooperación y asistencia; la participación social en ese proceso; las obligaciones de los gobiernos donantes y receptores; la manera de evaluar la asistencia, y los mecanismos de rendición de cuentas y responsabilidad que deberían establecerse a nivel local e internacional. En tal sentido, uno de los principales aportes de este enfoque es dotar a las estrategias de desarrollo de un marco conceptual explícito, del cual puedan inferirse elementos valiosos para reflexionar sobre 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 podría contribuir además a definir con mayor precisión las obligaciones de los Estados frente a los principales derechos humanos involucrados en una estrategia de desarrollo, tanto económicos, sociales y culturales como civiles y políticos.

En líneas generales, el enfoque basado en derechos considera que el primer paso para otorgar poder a los sectores excluidos es reconocer que ellos 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 solo como el cumplimiento de mandatos morales o políticos, sino como la vía escogida para hacer efectivas las obligaciones jurídicas, imperativas y exigibles, impuestas por los tratados de derechos humanos. Los derechos demandan obligaciones y las obligaciones requieren mecanismos para hacerlas exigibles y darles cumplimiento.

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

□ El presente artículo fue elaborado sobre la base del documento de igual título presentado en el seminario: “Derechos y desarrollo en América Latina: un seminario de trabajo”, organizado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la CEPAL (Santiago de Chile, 9 y 10 de diciembre de 2004). El documento completo puede consultarse en www.iadb.org.

¹ Véase DFID (2000), ACNUDH (2004), Hunt, Nowak y Osmani (2002), Appleyard (2002), UNICEF (2001), UNESCO (2002) y OSDI (2001). También constituye un antecedente lejano de esta visión el enfoque de género en el ámbito del desarrollo promovido desde el decenio de 1970 por las agencias de cooperación y los organismos multilaterales.

depende de factores tanto económicos como culturales, sociales, legales y políticos. Si bien la pobreza está relacionada con la insuficiencia de recursos económicos (de ingresos personales, por ejemplo) esto no significa forzosamente que los factores económicos sean los principales causantes de la pobreza. Ciertas prácticas culturales y algunos marcos políticos y jurídicos que facilitan o promueven la discriminación contra ciertos individuos o grupos, como las mujeres, los indígenas o las minorías étnicas, actúan como mecanismos de exclusión social que causan o contribuyen a causar pobreza.²

Los diversos marcos conceptuales no abordan todos los derechos, sino que procuran identificar aquellos que son fundamentales para las estrategias de desarrollo o de reducción de la pobreza, por tener relación constitutiva o instrumental con la pobreza. Así, por ejemplo, en ACNUDH (2004) se señalan tres diferentes formas de pertinencia de los derechos humanos en esas estrategias: la pertinencia constitutiva, la instrumental y la restrictiva respecto del contenido y el ámbito de las estrategias. Algunos derechos tienen pertinencia constitutiva cuando corresponden a capacidades consideradas básicas por la sociedad en cuestión y no se les da cumplimiento por insuficiencia de recursos económicos (por ejemplo, el derecho a la alimentación o el derecho a la salud). Otros derechos, como algunos civiles y políticos, tienen pertinencia instrumental porque contribuyen a evitar procesos sociales o políticos que pueden conducir a situaciones de pobreza. 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 (hambrunas, por ejemplo) sin exigir respuestas al gobierno o activar mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad social o política. Hay también derechos que tienen pertinencia instrumental, porque facilitan procesos sociales de consulta y evaluación que son indispensables para definir políticas o estrategias destinadas a reducir la pobreza: se trata de los derechos de participación, de información y de asociación o reunión. Por último, ciertos derechos tienen utilidad para las estrategias cuando pueden restringir o limitar los tipos de acciones permisibles. Así, por ejemplo, aunque sería totalmente razonable que un país muy poblado pero con

escasos recursos quisiera adoptar medidas de control demográfico como parte de su estrategia para reducir la pobreza, no sería admisible que adoptara medidas como la esterilización forzosa, que viola la integridad física y la intimidad de las personas. De tal modo, ciertos derechos, cuyo incumplimiento no es en sí causa de pobreza y cuya promoción talvez carezca de valor instrumental para las estrategias de desarrollo y reducción de la pobreza, pueden tener algún influjo en la orientación de las políticas al excluir ciertas opciones de intervención estatal por considerarse legalmente prohibidas.

Al respecto, un elemento común de los diversos marcos conceptuales es su adopción del principio de interdependencia de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales, aunque ciertamente no todos los marcos ponen el mismo énfasis en las diferentes categorías de derechos.³ Los derechos que han de considerarse, así como las prioridades, se definen por lo general en función de las diversas estrategias de desarrollo y sin atribuir *a priori* la preeminencia de alguna categoría de derechos por sobre otra. Contribuye a esta visión el examen de un núcleo de obligaciones negativas y positivas comunes a todas las categorías de derechos, que se agrupan en tres niveles: obligaciones de respetar, de proteger y de cumplir. Los marcos conceptuales definen de partida, con mayor o menor detalle, las principales obligaciones que derivan de los derechos seleccionados como pertinentes a la estrategia de que se trate. Sobre la base de esas obligaciones fijan posibles metas e indicadores de desarrollo, como referencia para las metas e indicadores que habría que establecer en cada proceso participativo a nivel local.

Paradójicamente, pese a compartir la preocupación por muchos temas comunes, en particular referidos a la pobreza y la exclusión y a su relación con la dinámica de los procesos políticos y el funcionamiento de las instituciones democráticas, el campo de las

² Véase al respecto Hunt, Nowak y Osmani (2002, cap. 1).

³ Así, por ejemplo, el marco conceptual elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos incluye claramente obligaciones, metas e indicadores para los derechos económicos, sociales y culturales. También los trabajos del 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 del DFID, por otro lado, si bien menciona con frecuencia derechos económicos, sociales y culturales, se organiza en torno a tres ideas centrales: inclusión, participación y cumplimiento de obligaciones, sin definir la estrategia en función de derechos en particular. Los derechos referidos se plantean en relación a cada uno de estos tres conceptos.

políticas de desarrollo y el de los derechos humanos han ido por carriles paralelos, con pocos puntos de encuentro o conexión. Muchos de los conceptos habituales en el lenguaje del desarrollo, como la reducción de la pobreza, la participación, la inclusión, el buen gobierno y la responsabilidad y rendición de cuentas (*accountability*), se refieren a los mismos temas que en el campo de los derechos son descritos como 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 y al acceso a la justicia, entre otros. En ocasiones, el lenguaje de los derechos ha sido considerado excesivamente político y poco neutral por algunas de las agencias de cooperación, e incluso es vetado por los mandatos de algunas instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial; sin embargo, esto no ha impedido que la agenda de esas instituciones aborde problemas de pobreza o de calidad institucional directamente vinculados con aquellos derechos.

Algunas críticas a la posibilidad de que las políticas de desarrollo asuman una lógica basada en los derechos cuestionan sobre todo la ambigüedad del contenido de las obligaciones que emanan de los derechos económicos, sociales y culturales. Ponen en duda asimismo que estos derechos puedan ser exigibles en igual grado que los derechos civiles y políticos.⁴ También plantean que un enfoque de las políticas públicas basado en derechos puede resultar a veces demasiado rígido y, por ende, acotar de manera poco conveniente la discrecionalidad de quienes formulan las estrategias de desarrollo. Se volverá sobre este tema en la sección III. Sin embargo, antes cabe decir que hay un argumento de peso tras esas objeciones, pues la relación entre los derechos humanos —en especial los económicos, sociales y culturales— y las políticas públicas es una cuestión espinosa, que no cuenta aún con elaboraciones suficientemente sólidas y coherentes, ni en el derecho internacional, ni en el derecho constitucional de los países latinoamericanos. Los derechos no dicen mucho acerca del contenido de las políticas, pero sí pueden decir algo sobre la orientación general de ellas y brindar un marco conceptual que guíe su formulación e implementación.

Los partidarios del enfoque basado en los derechos entienden que el cambio de perspectiva no implica modificaciones radicales o abruptas en las prácticas que las agencias de cooperación vienen realizando

en los últimos años, pues rescatan los puntos de encuentro y sinergia entre el ámbito del desarrollo y el 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 ponen de relieve las acciones mínimas que el Estado tiene el deber de realizar. Además, postulan que los principales aportes que hace el enfoque basado en derechos a las estrategias de desarrollo son la vinculación de los derechos con la entrega de poder a los sectores empobrecidos y el fortalecimiento de los mecanismos de responsabilidad mediante el uso de la “infraestructura institucional” internacional y nacional existente en el ámbito de los derechos humanos. Consideran también que los tratados de derechos humanos y su interpretación por los órganos internacionales brindan un marco explícito, claro, reconocido por todos los países y dotado de una fuerte legitimidad social y política, que indudablemente mejorará la eficacia de las estrategias de desarrollo y la posibilidad de articular a actores estatales y no estatales en el escenario local, nacional e internacional.

Es indudable que la adopción de este enfoque en las estrategias de desarrollo latinoamericanas podría contar con una sólida infraestructura. En la región, el concepto de derechos humanos surgió como un medio para imponer límites a formas abusivas de uso del poder por el Estado, como un decálogo de aquellas conductas que el Estado no debería tener. 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 de 1970 y en Centroamérica en la década de 1980.

En los últimos años, el cuerpo de principios, reglas y estándares que componen el derecho internacional sobre 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 solo aquello que el Estado no debe hacer, a fin de evitar violaciones, sino también aquello que debe hacer para lograr la plena materialización de los derechos civiles y políticos y también económicos, sociales y culturales. En tal sentido, los derechos humanos no son pensados hoy tan solo 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, particularmente en procesos de transición o en democracias deficitarias o débiles.

⁴ Véase ODI (1999).

En los países latinoamericanos, muchas organizaciones de derechos humanos, además de realizar una férrea fiscalización de las acciones estatales, han iniciado diálogos fructíferos con los gobiernos tendientes a incidir en la orientación de sus políticas y lograr un mejor funcionamiento de las instituciones públicas. Este cambio de perspectiva apunta a sumar, a la tradicional tarea de denunciar violaciones masivas o sistemáticas de derechos, una acción preventiva y de promoción capaz de evitar tales violaciones. En igual sentido, los órganos de supervisión internacional de derechos humanos, tanto a nivel universal como regional, han procurado no solo entregar reparaciones a las víctimas en casos particulares, sino también establecer un cuerpo de principios y estándares con el propósito de incidir en la calidad de los procesos democráticos y en los esfuerzos por llegar a tener sociedades más igualitarias e integradas.

Esta agenda de fortalecimiento institucional no ha estado siempre presente en el trabajo de supervisión internacional del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos, orientado a veces de manera exclusiva a ser el último recurso de justicia para víctimas de situaciones de violación masiva y sistemática de sus derechos. Sin embargo, dicho sistema cuenta con herramientas de intervención que permiten mejorar apreciablemente su aporte conceptual a los procesos de formulación de políticas públicas a nivel nacional. Cabe destacar que las decisiones de 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. Tal jurisprudencia internacional suele ser utilizada además como guía para las decisiones que toman luego a nivel interno los tribunales nacionales, procurando así evitar que los Estados se vean expuestos a peticiones y eventuales condenas ante las instancias de supervisión internacional.

Este proceso de globalización de estándares en materia de derechos humanos ha tenido una indudable incidencia en la transformación de los sistemas de justicia en los países de la región, y ha hecho que las autoridades estatales presten más atención a los principios y reglas que se instauran en el escenario interamericano. También ha contribuido a la paulatina conformación de una burocracia estatal interiorizada en el manejo de estos temas (oficinas y comisiones de derechos humanos, defensorías del pueblo y funcionarios especializados) que suele influir en algunos aspectos de la gestión pública. A veces, las decisiones adop-

tadas en un caso no se limitan a interpretar las normas de los tratados que rigen el sistema, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que imponen también a los Estados obligaciones de formular políticas para reparar la situación que da origen a la petición. Esas obligaciones pueden consistir en cambios de las políticas existentes, reformas legales y, muchas veces, en la modificación de ciertos patrones de comportamiento de algunas instituciones del Estado que promueven violaciones (por ejemplo, violencia policial, abuso y tortura en las prisiones, aquiescencia del Estado frente a situaciones de violencia interna).

En el marco de los casos individuales, el sistema propicia habitualmente procesos de solución amistosa o negociaciones en las cuales los Estados muchas veces se avienen a implantar reformas institucionales. Además, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emite informes temáticos e informes por países y la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede emitir opiniones consultivas, que sirven para examinar problemas concretos más allá de los casos contenciosos y para fijar el alcance de las obligaciones estatales que emanan de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados de derechos humanos aplicables en el sistema interamericano. La jurisprudencia y las interpretaciones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, tanto de la Comisión como de la Corte, han contribuido de manera decisiva a la introducción de importantes reformas en el funcionamiento y la accesibilidad de los sistemas de justicia, a un mayor respeto de la libertad de expresión y el acceso a la información pública, a la derogación de normas que discriminan a las mujeres, y al reconocimiento de los derechos de pueblos indígenas a sus tierras ancestrales y a la participación política, entre otras cuestiones medulares para el desarrollo de los países de la región (Méndez y Mariezcurrena, 2000).

En definitiva, como anticipamos, en el ámbito del desarrollo el valor agregado o el potencial aporte del enfoque basado en derechos puede ser diverso y mostrar importantes diferencias, según consideremos el punto de vista y los intereses de los distintos actores involucrados en las estrategias de desarrollo: las agencias de cooperación y las instituciones que financian políticas de desarrollo, los Estados y otros donantes y receptores y los diversos actores sociales y políticos involucrados. Por lo demás, este enfoque incidirá en diversos grados en el contenido y la orientación de las

políticas públicas y en su elaboración, implementación y evaluación. Siendo así, este trabajo no pretende llegar a conclusiones definitivas sobre el posible encuentro entre desarrollo y derechos humanos. Solo intenta explorar las áreas en las que es posible lograr más articulación y sinergia, y reflexionar brevemente en torno a algunas de las objeciones que se han formulado al enfoque basado en derechos.

Aquí se comenzará por analizar lo que significa el reconocimiento de derechos y su relación con el otorgamiento de poder a los sectores excluidos; luego se

examinará la relación entre los derechos humanos, las obligaciones que emergen de ellos y las políticas públicas, con especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales. Por último, se procurará relacionar tres temas básicos en una estrategia de desarrollo —la inclusión, la participación y la responsabilidad— con algunos debates jurídicos que se dan en la región en el ámbito de los derechos humanos y que tienen que ver con el alcance del derecho a la igualdad y la no discriminación, con la participación social y política y con el acceso a la justicia.

II

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

La idea esencial tras la adopción de un enfoque de derechos humanos en el ámbito del desarrollo y la reducción de la pobreza 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 sobre 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 otorgar ese 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 para formular una política ya no es la existencia de ciertos sectores sociales que tienen necesidades insatisfechas, sino fundamentalmente la existencia de personas que tienen derechos que pueden exigir o demandar, esto es, atribuciones que dan origen a obligaciones jurídicas para otros y, por consiguiente, al establecimiento de mecanismos de tutela, garantía o responsabilidad. Se procura cambiar así la lógica de la relación entre el Estado —o los prestadores de bienes y servicios—, y los futuros beneficiarios de las políticas. Ya no se trata solo de personas con necesidades, que reciben beneficios asistenciales o prestaciones discrecionales, sino de titulares de derechos que tienen el

poder jurídico y social de exigir del Estado ciertos comportamientos.⁵

Antes de adentrarnos en el debate específico sobre el sentido y alcance de un enfoque basado en derechos, es útil preguntarse qué significa tener un derecho y cuáles son las principales connotaciones del uso del lenguaje de los derechos en el campo de las políticas de desarrollo y de reducción de la pobreza. Aunque el lenguaje de los derechos tiene de por sí un valor ético y político, y puede fortalecer las demandas sociales frente a situaciones de inequidad, sus implicancias concretas en las relaciones sociales no siempre se consideran adecuadamente, con lo cual se corre el riesgo de utilizar una retórica de los derechos que luego no logre satisfacer las expectativas mínimas que este concepto puede legítimamente ocasionar.⁶ El reconocimiento de derechos impone habitualmente la necesidad de establecer medidas judiciales o de otro tipo que permitan al titular del derecho reclamar ante una autoridad judicial u otra con similar independencia, si el sujeto obligado

⁵ Véase Alsop y Norton (2004).

⁶ Así, por ejemplo, el Plan Jefes y Jefas de Hogar, el más importante del gobierno argentino para paliar la crisis social del 2001/2002, se planteó como el reconocimiento de un derecho familiar de inclusión. Pese al uso del término, no existió un debate serio acerca de lo que implicaba el reconocimiento de un derecho a obtener la prestación establecida por el plan, y la diferencia que esto marcaba con los beneficios asistenciales de disposición discrecional habituales en las políticas asistenciales anteriores: por ejemplo, en términos de su exigibilidad (véase CELS, 2004a).

no da cumplimiento a su obligación. Esto quiere decir que el enfoque basado en derechos establece obligaciones correlativas cuyo incumplimiento activará diferentes mecanismos de responsabilidad o de garantías. Por lo tanto, el reconocimiento de derechos es también el reconocimiento de un ámbito de poder para sus titulares y en ese sentido puede ser una forma de restablecer equilibrios en el marco de situaciones sociales marcadamente dispares. Es indudable también que el reconocimiento de derechos limita de alguna manera el margen de acción de los sujetos obligados, entre ellos el Estado, pues define en cierta medida, y en sentido amplio, lo que el obligado puede y no puede hacer.

Es interesante analizar este punto en relación con los derechos económicos, sociales y culturales y sus técnicas de garantía o protección, pues habitualmente se objeta que se les reconozca como derechos precisamente porque se teme que al plantear ciertas cuestio-

nes sociales en el plano jurídico se pueda restar espacio a la política, constriñendo el margen de acción de los Estados para adoptar estrategias efectivas de mitigación de la pobreza y de impulso al desarrollo. En la sección siguiente se abordará de manera sintética ese tema. Sin embargo, cabe decir aquí que para el enfoque basado en derechos es fundamental partir del reconocimiento de una relación directa entre el derecho, la obligación correlativa y la garantía, pues ella sin duda influirá en el establecimiento de un marco conceptual para la formulación e implementación de políticas públicas y de mecanismos de rendición de cuentas o responsabilidad que puedan considerarse compatibles con la noción de derechos. En definitiva, el lenguaje de derechos en las estrategias de desarrollo exige identificar algún tipo de mecanismo de seguimiento y responsabilidad que involucre a los actores del proceso de definición de políticas.⁷

III

Obligaciones comunes en las diferentes categorías de derechos y margen para definir las políticas públicas y estrategias de desarrollo

Ahora bien, aunque el enfoque basado en derechos establece un marco conceptual para la formulación y evaluación de las políticas y estrategias de desarrollo, no debería conducir a acotar o limitar excesivamente el margen de acción de los gobiernos en la tarea de formular 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 mediante esquemas rígidos o inflexibles la creatividad de quienes definen políticas y estrategias. La idea que prevalece es que cada Estado debe ser dueño de su estrategia, lo que sugiere cierta relación entre la idea de “propiedad del Estado”, afianzada en el ámbito del desarrollo, y el derecho de autodeterminación. La materialización de los derechos humanos en el marco de las políticas y estrategias de desarrollo puede alcanzarse por caminos diversos. De este modo, los sistemas de libre mercado, o con mayor participación estatal en la economía, pueden cumplir con los mandatos del derecho internacional sobre los derechos humanos.

En tal sentido, esos derechos no siempre imponen acciones concretas, sino tipos de obligaciones que si bien constituyen una orientación, un camino que debe transitarse, un marco para las definiciones, dejan al Estado o a los sujetos obligados un amplio espacio de discrecionalidad para elegir las medidas específicas destinadas a hacer efectivos esos derechos. Así sucede tanto con los derechos civiles y políticos como con los derechos económicos, sociales y culturales, todos los cuales traen consigo un conjunto de obligaciones negativas y positivas.

⁷ Para comprender el problema, puede seguirse el debate acerca de la posibilidad de leer y exigir el cumplimiento de las metas de desarrollo 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 (véase Center for Human Rights and Global Justice, 2003).

Lo señalado es importante como punto de partida para matizar las críticas a la posibilidad de exigir plenamente los derechos sociales o a que haya imposiciones exorbitantes a la acción política. Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son de grado, y no de sustancia.⁸ Cabe reconocer 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-pres-tación”. Sin embargo, cuando se observa la estructura de estos derechos es fácil descubrir 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 medidas tendientes a la aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales se dirigen a corregir la actividad estatal cuando esta incumple obligaciones de no hacer. En suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden describirse como un complejo de obligaciones positivas y negativas del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos.

Además, ha variado de tal modo la concepción teórica e incluso la regulación jurídica concreta de varios derechos civiles tradicionalmente considerados “derechos-autonomía” o derechos generadores de obligaciones negativas del Estado, que algunos de los derechos descritos clásicamente como “civiles y políticos” han adquirido un indudable cariz social. La pérdida del carácter absoluto del derecho de propiedad, sobre la base de consideraciones sociales, es el ejemplo más cabal al respecto, aunque no el único.⁹ Las actuales tendencias del derecho de daños asignan un lugar central a la distribución social de riesgos y beneficios como criterio para definir la obligación de reparar. El impetuoso surgimiento de un derecho del consumo ha transformado sustancialmente los vínculos

contractuales cuando tienen que ver con la relación consumidores y usuarios. La consideración tradicional de la libertad de expresión y prensa ha adquirido dimensiones sociales que cobran cuerpo al formularse la libertad de información como un 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 resultan condicionadas cuando su objeto o desarrollo afecta la salud o el medio ambiente. En suma, muchos derechos tradicionalmente incluidos entre los derechos civiles y políticos han sido reinterpretados en clave social, de modo que las distinciones absolutas también pierden sentido en estos casos. La jurisprudencia de los órganos de protección internacional de los derechos humanos, en especial el Tribunal Europeo 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 las alteraciones ambientales puedan constituir una violación del derecho a la vida privada y familiar, y de llevar a cabo acciones afirmativas para evitar riesgos previsibles y evitables que puedan afectar el derecho a la vida.

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, ordenador, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el cual el lugar de cada uno de ellos estaría determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caracterizaran.

En línea con lo dicho, autores como Van Hoof o Eide¹⁰ proponen un esquema interpretativo que señala los “niveles” de obligaciones estatales que caracterizarían el complejo de obligaciones que identificaría a cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales. Según la propuesta de Van Hoof,¹¹ por ejemplo, cabría discernir

⁸ Véase Contreras Peláez (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”.

⁹ Véase 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.*” (Las cursivas son del autor).

¹⁰ Véase Eide (1995, pp. 21-49, y 1989).

¹¹ Véase Van Hoof (1984, p. 99). La distinción fue sugerida originalmente por Shue (1980). En el campo del derecho internacional sobre 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, emitidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas).

cuatro “niveles”: 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 al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de proteger consisten en impedir que terceros injerieran, 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, o como derechos económicos, sociales y culturales.

Cabe reiterar que es incorrecta la concepción de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos que establecen exclusivamente obligaciones positivas. Tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales constituyen un complejo de obligaciones positivas y negativas. Las obligaciones negativas son las que tiene el Estado de abstenerse de realizar cierta actividad: no impedir la expresión o difusión de ideas, no violar la correspondencia, no detener arbitrariamente, no impedir que una persona se afilie a un sindicato, no intervenir en caso de huelga, no empeorar el estado de salud de la población, no impedir que una persona acceda 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, se suele vincular directamente las obligaciones positivas del Estado con la obligación de disponer de fondos. No cabe duda de que esta es una de las formas más características de cumplir con obligaciones de hacer o de dar, en especial en campos como la salud, la educación o el acceso a la vivienda. Sin embargo, las obligaciones positivas no se agotan con el solo hecho de disponer de reservas presupuestarias para 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. Las formas que pueden adoptar las medidas estatales de cumplimiento de las obliga-

ciones positivas son múltiples: entre otras, la organización de un servicio público (por ejemplo, el funcionamiento de tribunales, lo que asegura el derecho a la jurisdicción; la provisión de cargos de defensor oficial, que asegura el derecho a 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 de cobertura público/privada (por ejemplo, organizando formas privadas de aporte para mantener obras sociales que cubran el derecho a la salud de las personas empleadas y sus familias, y estableciendo un sistema público de salud que cubra el derecho de las personas no amparadas por la estructura de empleo); la gestión pública de créditos diferenciados (por ejemplo, créditos hipotecarios para vivienda); la entrega de subsidios; la realización de obras públicas, y el otorgamiento de beneficios o exenciones de carácter tributario.

Se ve así que la lógica de derechos no restringe las opciones de políticas públicas abiertas al gobierno para cumplir con sus obligaciones. Los Estados tienen un margen importante de autonomía para decidir las medidas específicas que adoptarán con el fin de hacer efectivos los derechos, lo que es esencial para compatibilizar el enfoque basado en derechos con los procesos nacionales de definición de estrategias de desarrollo y de reducción de la pobreza.

Los instrumentos internacionales fijan estándares encaminados a orientar las políticas públicas, los que luego van a ser la norma en que se basarán las intervenciones de los mecanismos de supervisión —o posiblemente del poder judicial— para verificar si las políticas y medidas adoptadas se ajustan o no a ellos (por ejemplo, estándares de “razonabilidad”, “adecuación”, “progresividad” o “igualdad”, o de contenidos mínimos que pueden venir dados por las propias normas internacionales que establecen derechos). Por lo tanto, el derecho internacional de los derechos humanos no formula políticas, sino que establece estándares que sirven de marco a las políticas que cada Estado define. Ni los mecanismos de supervisión ni los jueces (de ser ese el caso) tienen la tarea de elaborar políticas públicas; lo que deben hacer es confrontar las políticas adoptadas con los estándares jurídicos aplicables y —en caso de hallar divergencias reenviar el caso a los poderes pertinentes para que ellos ajusten su actividad en consecuencia.

Por lo demás, las políticas incorrectas o fallidas no siempre desembocan en el incumplimiento de derechos; esto solo ocurrirá cuando el Estado haya dejado de cumplir con alguna de las obligaciones asumidas. Por

el contrario, puede haber políticas exitosas en el logro de sus objetivos pero que consagren la vulneración de derechos.

Es indudable, sin embargo, que los derechos fijan marcos para la definición de políticas y de este modo inciden no solo en sus contenidos u orientación, sino también en su elaboración e implementación. Para justificar este aserto parece adecuado vincular algunos

debates jurídicos que tienen lugar en América Latina sobre algunos derechos fundamentales —como los de igualdad y no discriminación, de participación política y de 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, como los de inclusión, de participación y de responsabilidad.

IV

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

El principio de inclusión que suele regir las políticas de desarrollo puede resultar enriquecido si se le vincula con los estándares legales sobre igualdad y no discriminación. En esta materia, el derecho internacional sobre los derechos humanos puede aportar conceptos más claros que sirvan como parámetros para definir y evaluar políticas públicas. No solo se requiere del Estado una obligación de no discriminar, sino también en algunos casos la adopción de medidas afirmativas para garantizar la inclusión de grupos o sectores de la población tradicionalmente discriminados. Si bien la mayoría de los países de la región ha suscrito los principales tratados de derechos humanos que establecen normas sobre igualdad y no discriminación, es importante recuperar el camino que el sistema interamericano de derechos humanos ha trazado en este tema. Así, en el *Caso Morales de Sierra*, al interpretar el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se refiere a la igualdad ante la ley, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció el principio de que ciertas formas de diferencia o distinción en el trato (por ejemplo, las que se basan en la raza o en ser mujer) resultan fuertemente sospechosas de ilegalidad, y que el Estado tiene que brindar razones de mucho peso para justificarlas. Cuando la distinción obedece a algunos de los factores o categorías que despiertan sospechas (raza, sexo, origen nacional) la norma o la política que los utiliza será sometida a un “escrutinio estricto”. El caso citado demuestra la potencialidad del sistema, pues obligó a Guatemala a reformar su código civil, que otorgaba al esposo la administración exclusiva de la sociedad conyugal e imponía fuertes limitaciones al trabajo fuera del hogar de la mujer

casada.¹² El mismo criterio es aplicable a los trabajadores inmigrantes en el ámbito de las relaciones laborales.¹³ Esto tiene enorme relevancia política, dada la situación de ciertos sectores sociales que han sido claramente víctimas de procesos históricos de discriminación y exclusión, como los pueblos indígenas en la zona andina o la población negra en Brasil.¹⁴

La importancia de lo sucedido radica en que el sistema interamericano no recogió solo una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanzó hacia un concepto de igualdad material o estructural, que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren medidas especiales de equiparación. Esto implica la necesidad de dar un trato diferenciado cuando, por las circunstancias que afectan a un grupo en desventaja, la igualdad de trato supone coartar o empeorar el acceso a un servicio o un bien, o el ejercicio de un derecho.¹⁵ El concepto de igualdad material es una herramienta de enormes potencialidades, tanto para examinar las normas que reconocen derechos como para orientar las políticas

¹² Informe N° 4/01, Caso 11.625, *María Eugenia Morales de Sierra c. Guatemala*, 19 de enero de 2001, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹³ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva* 18, 2003.

¹⁴ Véase Fry (2002, pp. 191-212) y Arias, Yamada y Tejerina (2004, pp. 215-236).

¹⁵ Véase un análisis de estas nociones en Ferrajoli (1999, pp. 73-96); García Añón (1997); Fiss (1999, pp. 137-167), y Saba (2004, pp. 479-514).

públicas que pueden garantizarlos o que a veces pueden afectarlos. Con respecto a determinadas personas que integran grupos vulnerables o susceptibles de ser discriminados en sus derechos económicos, sociales y culturales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas) ha establecido que el Estado tiene la obligación de aprobar normas que los protejan de esa discriminación y adoptar medidas especiales que incluyan políticas activas de protección.

Por lo demás, una de las principales obligaciones del Estado es la de identificar los grupos que en un determinado momento histórico necesitan atención prioritaria o especial para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, e incorporar en sus planes de acción medidas concretas para proteger a esos grupos. Así lo ha establecido, por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto a varios derechos, en especial los relativos a la vivienda y a la salud pública. Por lo tanto, el Estado, además de identificar los sectores tradicionalmente discriminados en el acceso a determinados derechos, deberá definir, antes de formular sus planes o políticas en el área social, cuáles son los sectores que requieren atención prioritaria (por ejemplo, los habitantes de determinada área geográfica del país, o las personas de determinado grupo etario) y tomar medidas para compensarlos o para fortalecer sus derechos.

La obligación del Estado de adoptar medidas afirmativas para resguardar el ejercicio de derechos socia-

les tiene importantes connotaciones (por ejemplo, respecto al tipo de información estadística que debe producir). Elaborar información debidamente desagregada para identificar los sectores desaventajados o postergados en el ejercicio de sus derechos no solo contribuye a garantizar la eficacia de una política pública, sino que es indispensable para que el Estado pueda cumplir con su deber de brindar a estos sectores atención especial y prioritaria.

El principio de igualdad y no discriminación influirá en los criterios para distribuir los presupuestos y el gasto social. La discriminación en el acceso a derechos puede provenir, por ejemplo, de la disparidad entre regiones geográficas. En algunos países latinoamericanos, los procesos de descentralización de la educación pública y la salud han agudizado la inequidad en el acceso a servicios públicos de calidad equiparable entre los habitantes de diferentes regiones geográficas. Un interesante ejercicio para medir la utilidad del enfoque basado en derechos es examinar el impacto de esas políticas públicas a la luz de los estándares internacionales sobre igualdad y no discriminación. En tal sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que la existencia de disparidades agudas en las políticas de gasto, que conduzcan a una educación de distinta calidad para habitantes de lugares diferentes, puede constituir una discriminación en los términos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

V

El principio de participación y su relación con los derechos civiles y políticos

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 vínculo con el ejercicio de determinados derechos civiles y políticos y, en especial, por las definiciones sobre el contenido y alcance de algunos de estos derechos en las instancias de protección internacional de los derechos humanos. Existen además algunos derechos concretos de participación y consulta en los procesos de decisión de políticas públicas que están directamente definidos en normas internacionales o constitucionales.

Es primordial entonces analizar en qué medida ciertos sectores, que son objeto de discriminación o exclusión social en América Latina y que suelen definirse como los beneficiarios de las medidas aplicadas en el ámbito del desarrollo, tienen especial dificultad para ejercer algunos de esos derechos, ya que esto limita severamente el éxito de los mecanismos formales de consulta y participación que establecen habitualmente las estrategias de desarrollo.

No cabe duda de que la participación política necesaria en el marco de un proceso democrático va más allá de la existencia de un sistema institucionalizado de elecciones periódicas y limpias. Es fundamental que

haya la posibilidad de ejercer algunos otros derechos que son en cierto modo requisitos para que un proceso democrático funcione con alguna regularidad: el derecho de asociación y de reunión, la libertad sindical, la libertad de expresión y el derecho de acceder a la información, entre otros. La posibilidad real de poner en práctica tales derechos determinará que los sectores más pobres puedan influir en los procesos políticos y en la orientación de las decisiones gubernamentales, pero estará a su vez condicionada o limitada por el grado en que esos sectores estén en condiciones de hacer efectivos sus derechos económicos, sociales y culturales.

Muy importante 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. La entrada en vigencia del Protocolo de San Salvador le ha dado al sistema interamericano la posibilidad de examinar casos sobre libertad sindical (incluidos el derecho de huelga y el de negociación colectiva) provenientes de la mayoría de los países latinoamericanos y de establecer en esta materia jurisprudencia uniforme y de cumplimiento obligatorio en toda la región. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo demás, ya se pronunció en un caso sobre libertad sindical, de Panamá.¹⁶

Otro aspecto central en América Latina, 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 países de imponer limitaciones a las manifestaciones públicas. La Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en un reciente informe, ha procurado equilibrar los derechos civiles en juego y el interés del Estado de mantener el orden público, fijando como principio que la criminalización (es decir, el uso de figuras penales para perseguir acciones de protesta social) debe ser un último recurso y utilizarse solo si se ha acreditado un interés público imperativo.

En tal sentido, un tema que ha preocupado al sistema interamericano es el del ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre políticas que puedan afectar sus territorios culturales, como las que se traducen en explotaciones económicas y de

recursos naturales, y a dialogar con las instancias del Estado y otros actores sociales a través de sus propias representaciones políticas (Aylwin, 2004, pp. 153-222). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que es obligación de los Estados disponer mecanismos adecuados de participación y consulta de los pueblos indígenas respecto de aquellas decisiones que puedan incidir en el uso de sus recursos naturales o alterar de alguna manera sus territorios ancestrales.¹⁷ También sostuvo la Corte 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 incidan o puedan 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 en la dirección de los asuntos públicos de manera directa y proporcional a sus poblaciones, desde sus propias instituciones políticas y de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización.¹⁸

Para incluir a todos los sectores de la sociedad en los procesos políticos y sociales de desarrollo se requiere como herramienta fundamental un adecuado acceso a la información pública y un caudal de información disponible que brinde elementos para evaluar y fiscalizar las 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 tal vez permita orientar mejor las políticas de transparencia y presionar a favor de los cambios institucionales necesarios en los distintos países de la región. Paradójicamente, pese a que la mayoría de estos países han ratificado los principales instrumentos internacionales que consagran derechos civiles, muy pocos cuentan con leyes sobre el acceso a la información pública y normas internas que vayan más allá de los estándares jurídicos mínimos sobre este tema. Recientemente se han elaborado valiosos documentos que procuran establecer el alcance del derecho fundamental a acceder a información en poder del Estado, consagrado en el derecho internacional sobre los derechos humanos. Entre esos trabajos es importante el que elaboró la Relatoría para la Libertad

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Baena Ricard y otros*, sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C, N° 72.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awá Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79.

¹⁸ *Caso Yatama contra Nicaragua*, del 23 de junio de 2005.

de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a partir del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues sirve

como parámetro al que deberían ajustarse las leyes sobre acceso a la información pública en los países de la región.

VI

El principio de rendición de cuentas y responsabilidad y los mecanismos para hacer exigibles los derechos

Para explorar las potencialidades de la relación entre derechos y políticas de desarrollo es indispensable considerar los mecanismos de rendición de cuentas y de responsabilidad. Ello porque la lógica de los derechos implica necesariamente, como ya se ha dicho, que existan mecanismos para hacerlos exigibles. Esos mecanismos contribuyen a reforzar los espacios de fiscalización de las políticas, los servicios públicos y las acciones tanto de los gobiernos como de los demás actores sociales involucrados en las estrategias de desarrollo. Cuando se habla aquí de mecanismos para hacer exigibles los derechos no se hace referencia solo a los sistemas de administración de justicia, aun cuando estos tengan un papel muy importante: se incorporan asimismo en el concepto, entre otros instrumentos, los procedimientos administrativos de revisión de decisiones y de fiscalización ciudadana de las políticas, los espacios de reclamo para usuarios y consumidores, las instancias parlamentarias de fiscalización política y las instituciones especializadas que resguardan derechos fundamentales (defensorías del pueblo, oficinas de protección de consumidores y defensa de la competencia, etc.). También se consideran particularmente los sistemas de protección de derechos que funcionan a nivel internacional, como el Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos y los comités y relatorías temáticas de las Naciones Unidas, entre otros. Es claro que la idoneidad de los diversos mecanismos para fiscalizar políticas públicas y exigir que estas respeten derechos depende no solo de sus características institucionales, sino también de su apropiación por las organizaciones sociales y de la existencia en la sociedad civil de actores con vocación y recursos para utilizarlos. A continuación se pondrán de relieve algunos aspectos que merecen ser analizados.

Las normas internacionales sobre los derechos humanos son bastante precisas respecto al derecho de contar con recursos judiciales y de otra índole que sean idóneos y eficaces para demandar por la vulneración de derechos fundamentales. El Estado no solo tiene la obligación (negativa) de no impedir el acceso a esos recursos, sino fundamentalmente la obligación (positiva) de organizar el aparato institucional de modo que todos, y en especial quienes se encuentran en situación de pobreza o exclusión, puedan acceder a esos recursos. Para cumplir con su cometido deberá eliminar los obstáculos sociales o económicos que impidan o limiten el acceso a la justicia, incluso brindando en ciertos casos asesoramiento jurídico o estableciendo sistemas que eximan de gastos.

Ante todo, es preciso tener en cuenta que las políticas sociales e incluso las prestaciones estatales en educación y salud no han estado guiadas en su organización y funcionamiento por la lógica de los derechos. Por el contrario, las prestaciones se han organizado y brindado mayormente conforme a la lógica inversa, la de los beneficios asistenciales, de modo que este campo de acción de las administraciones públicas —salvo algunos controles institucionales— ha quedado tradicionalmente reservado a la discrecionalidad política. El tema es complejo y difícilmente puede entenderse de igual manera en todos los países de la región. La ampliación de las funciones sociales del Estado —en áreas como salud, vivienda, educación, trabajo, seguridad social, consumo o el fomento de la participación de grupos sociales desaventajados— no se ha traducido necesariamente, 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 destina particularmente a sujetos titulares de derechos, sean estos individuales o colectivos. Lo que sucede es que a menudo 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 derechos.¹⁹ Sin embargo, no hay imposibilidad teórica o práctica de configurar derechos exigibles también en estos campos, de modo de sumar a los mecanismos de fiscalización institucionales, 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 cual justamente es preciso reclamar la configuración de esos derechos exigibles. No hay motivos que impidan reconocer la posibilidad, en el plano de las políticas sociales, de demandar derechos civiles como el de igualdad y no discriminación y de acceso a la información, y derechos sociales que fijen marcos y estándares mínimos a esas políticas. Es indudable que la inclusión de una perspectiva de los derechos en la formulación de los planes debe conducir a que en su ingeniería institucional se consideren los criterios básicos del debido proceso: entre otros, un plazo razonable; el derecho a una decisión fundada; el derecho a revisión por una instancia independiente, que a la larga puede ser la judicial; el derecho a ser informado de los recursos disponibles, y el principio de igualdad de armas.²⁰

¹⁹ Véase Ferrajoli (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 los servicios sociales, sino también en la precarización del vínculo jurídico entre el Estado y el destinatario de la política social respectiva. Una clara muestra de esta precarización es el hecho de haberse pasado 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. Véase al respecto Lo Vuolo, Barbeito y otros (2000, pp. 191-202).

²⁰ Véase CELS (2004b), en www.cels.org.ar. En esta investigación se analizan los procedimientos administrativos para otorgar pensiones sociales desde el ángulo de 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 responsabilidad y rendición de cuentas de carácter social (*social accountability*) tradicionalmente considerados por las instituciones financieras internacionales. Véase un examen de estas diferencias en Ackerman (2004).

En el ámbito europeo hay algunas experiencias destacadas de creación de marcos conceptuales sobre el acceso a la justicia y el respeto a los derechos sociales, que sirven como parámetro para la supervisión por órganos comunitarios europeos del funcionamiento de los servicios y políticas sociales nacionales.²¹ Marcos de esta índole podrían elaborarse también en el ámbito latinoamericano, a la luz de los estándares del sistema interamericano.

Al mismo tiempo, el reconocimiento de que esas políticas y servicios responden al ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales implicará también reconocer mecanismos adecuados para reclamar estos derechos de índole individual y colectiva. Este tema debería tener una importancia crucial en la agenda de reformas judiciales en la región, para reforzar el acceso a la jurisdicción y la participación social en la fiscalización de las políticas estatales y de los actos de agentes privados que afectan el ejercicio de aquellos derechos básicos. Cabe señalar al respecto, como mecanismo de acceso a la justicia en temas vinculados con las políticas de desarrollo y de reducción de la pobreza, aquellas acciones de amparo colectivo o acciones de clase que permiten discutir la legalidad de ciertos aspectos de las políticas públicas sociales o de las prestaciones de los servicios públicos, sobre la base de estándares constitucionales o internacionales. Con tales acciones, algunas organizaciones ambientales, de usuarios, pueblos indígenas y organizaciones de mujeres y de derechos humanos han logrado influir en la orientación de políticas sociales; fiscalizar empresas de servicios públicos y, a veces, empresas y grupos privados que realizaban explotaciones económicas con efectos ambientales; e incluso, 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 nocivas.

Otro aspecto central para mejorar los mecanismos de responsabilidad en las estrategias de desarrollo y de reducción de la pobreza, es el fortalecimiento de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos, no solo como última instancia de reclamo cuando han fracasado los sistemas de administración de justicia nacionales, sino como un ámbito para establecer estándares uniformes en relación con los derechos

²¹ Puede verse al respecto el documento del Group of Specialists on Access to Social Protection (s/f). También puede consultarse CPCS (2004). Véase asimismo Daly (2002).

consagrados en los tratados. Estos estándares serían aplicados posteriormente por los sistemas de justicia nacionales, y contribuirían a fortalecer las instituciones democráticas a nivel local. De lo que se trata entonces es de reforzar el funcionamiento de los mecanismos internacionales como instancias de protección, pero a la vez influir en que los gobiernos cumplan con esos derechos y se fortalezcan los mecanismos de tutela de las personas dentro de los países, la aplicación de los tratados por los tribunales nacionales, la incorporación de la jurisprudencia del sistema en las decisiones de los tribunales constitucionales, y su utilización como principios que guíen las políticas públicas (por ejemplo, con la mediación de oficinas especializadas como las secretarías de derechos humanos y las defensorías del pueblo). El deber de los Estados de ajustar sus sistemas legales y sus políticas a las obligaciones asumidas en los tratados internacionales, puede tener indudables implicancias en los sistemas de rendición de cuentas. Puede señalarse como una experiencia positiva en tal sentido, el trabajo emprendido por UNICEF para la implementación a nivel nacional de la Convención sobre los Derechos del Niño, y la preocupación por generar estándares y reglas para la in-

terpretación adecuada de esas normas a nivel local e internacional. También puede ser útil para la región la experiencia de la llamada Convención de Aarhus,²² que fijó estándares mínimos comunes en materia de acceso a la información, participación ciudadana y acceso a la justicia en asuntos ambientales, y que ha servido como guía para la supervisión internacional de los procesos de formulación e implementación de políticas nacionales en este campo.

En definitiva, no es difícil tender puentes y establecer relaciones entre el campo de los derechos humanos y los principios que suelen orientar o guiar las políticas 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 la profundización del rol que puedan desempeñar los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos, a partir de la fijación de estándares mínimos más claros y precisos en aquellos temas de interés común, que puedan constituir un marco para definir políticas estatales y una vara para su control y evaluación.

Bibliografía

- Abramovich, V. y Ch. Courtis (2004): *Los derechos sociales como derechos exigibles. Derecho al trabajo, salud, vivienda, educación y seguridad social*, segunda edición, Madrid, Editorial Trotta.
- Abramovich, V., M.J. Añón y Ch. Courtis (comps.) (2003): *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México, D.F., Fontamara.
- Ackerman, J. (2004): *Human Rights and Social Accountability*, México, D.F., Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), junio, borrador.
- ACNUDH (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) (2004): *Los derechos humanos y la reducción de la pobreza. Un marco conceptual*, Ginebra.
- Alsop, R. y A. Norton (2004): *Power, Rights and Poverty Reduction*, Washington, D.C., Banco Mundial, julio.
- Appleyard, S. (2002): *A Rights-Based Approach to Development: What the Policy Documents of the UN, Development Cooperation and NGO Agencies Say*, Bangkok, Tailandia, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Disponible en <http://www.un.or.th/issues/rba/backgroundrba.pdf>
- Arias, O., G. Yamada y L. Tejerina (2004): Ingresos y color en Brasil: una historia compleja, en M. Buvinic, J. Mazza y J. Pungiluppi con R. Deutsch, *Inclusión social y desarrollo económicos en América Latina*, Washington, D.C., Banco Interamericano de Desarrollo.
- Aylwin, J. (2004): Derechos humanos y derechos indígenas en América del Sur: antecedentes, movimientos y desafíos, *Temas de derechos humanos en debate*, Lima, Instituto de Defensa Legal/Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Buvinic, M., J. Mazza y J. Pungiluppi con R. Deutsch (2004): *Inclusión social y desarrollo económicos en América Latina*, Washington, D.C., Banco Interamericano de Desarrollo.
- CDCS (European Committee for Social Cohesion)/Group of Specialists on User Involvement in Social Services and Integrated Social Services Delivery (2004): *User Involvement in Social Services. Final Report of the Activity Carried on in 2003-2004*, Estrasburgo, 30 de septiembre.
- CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) (2004a): *Plan Jefes y Jefas: ¿derecho social o beneficio sin derechos?*, Buenos Aires. Disponible en <http://www.cels.org.ar>
- _____ (2004b): *Las pensiones por vejez frente al derecho a la seguridad social*, Buenos Aires. Disponible en www.cels.org.ar.
- Center for Human Rights and Global Justice (2003): *Human Rights Perspectives on the Millennium Development Goals: Conference Report*, Nueva York, NYU School of Law. Disponible en <http://www.conectasur.org/es/dialogodh/notices.php?cod=585>.

²² La Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en el proceso de toma de decisiones y el acceso a la justicia en temas medioambientales (Aarhus, Dinamarca, 1998) fue aprobada originalmente en las Naciones Unidas y luego adoptada como guía por la Unión Europea. Especial interés reviste la actividad del grupo de trabajo de los Estados signatarios sobre la aplicación de la Convención a nivel nacional.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2001): *Informe N° 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra*, Ciudad de Guatemala, 19 de enero.
- Contreras Peláez, F. (1994): *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, Tecnos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003): *Opinión Consultiva OC-18/03*, septiembre.
- _____ (2001a): *Caso Baena Ricardo y otros*, sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C, N° 72.
- _____ (2001b): *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastitangni*, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79.
- Daly, M. (2002): *Access to Social Rights in Europe*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, mayo.
- De La Jara, E. (comp.): Presentación, *Temas de derechos humanos en debate, Temas de derechos humanos en debate*, Lima, Instituto de Defensa Legal/Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- DFID (Departamento de Desarrollo Internacional del Gobierno del Reino Unido) (2000): *Realising Human Rights for Poor People. Strategies for Achieving the International Development Targets*, Londres, octubre. Disponible en http://www.dfid.gov.uk/Pubs/files/tsp_human.pdf.
- Eide, A. (1989): Realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Estrategia del nivel mínimo, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, N° 43, Ginebra, Comisión Internacional de Juristas.
- _____ (1995): Economic, social and cultural rights as human rights, en A. Eide, C. Krause y A. Rosas (comps.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht, Países Bajos.
- Eide, A., C. Krause y A. Rosas (comps.) (1995): *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht, Países Bajos.
- Ferrajoli, L. (2001): Igualdad y diferencia, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, segunda edición, Madrid, Editorial Trotta.
- _____ (2003): Estado social y Estado de derecho, en V. Abramovich, M.J. Añón y Ch. Courtis (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México, D.F., Fontamara.
- Fiss, O. (1999): Grupos y la cláusula de igual protección, en R. Gargarella (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Editorial Gedisa.
- Fry, P. (2002): Color e imperio de la ley en Brasil, en J. Méndez, G. Odonell y P.S. Pinheiro (comps.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Barcelona, Paidós.
- García Añón, J.G. (1997): Current problems of legal dogmatics in European regulation: the principle of equality and the policies of affirmative action, en M. Barrère Unzueta, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas/IVAP, Madrid.
- Gargarella, R. (comp): *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Editorial Gedisa.
- Group of Specialists on Access to Social Protection (s/f): *Guidelines for Improving to Social Protection and Explanatory Memorandum*, Consejo de Europa. Disponible en http://www.euro.who.int/HEN/HTResults?language=Englis&HTParent Page=29541&HTCode=social_environment.
- Hunt, P., M. Nowak y S. Osmani (2002): *Draft Guidelines: A Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies*, Ginebra, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). Disponible en <http://193.194.138.190/development/finalversion.doc>
- Lo Vuolo, R., A. Barbeito y otros (2000): *La pobreza... de la política contra la pobreza*, Buenos Aires, Miño y Dávila/Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas (CIEPP).
- Méndez, J.E. y J. Mariezcurrena (2000): *Human Rights in Latin America and The Caribbean: A Regional Perspective*, documento enviado para el Informe sobre desarrollo humano 2000.
- Méndez, J., G. Odonell y P.S. Pinheiro (comps.) (2002): *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Barcelona, Paidós.
- ODI (Overseas Development Institute) (1999): *What Can We Do With a Rights-Based Approach to Development*, Briefing Paper, 1999(3), Londres, septiembre.
- OSDI (Organismo Sueco de Cooperación para el Desarrollo Internacional) (2001): *A Democracy and Human Rights Based Approach to Development Cooperation*, Estocolmo. Disponible en <http://www.sida.se/SIDA/jsp/polopoly.jsp?d=514>.
- Saba, R. (2004): (Des)igualdad estructural, en J. Amaya (comp.), *Visiones de la Constitución 1853-2004*, Buenos Aires, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES).
- Shue, H. (1980): *Basic Rights, Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, Princeton.
- UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) (2002): *Elements for an Overall UNESCO Strategy on Human Rights*, París.
- UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia) (2001): *Taking Children Rights Seriously in the Southern Cone: UNICEF's Work in Argentina, Chile and Uruguay*.
- Van Hoof, G.H.J. (1984): The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views, en P. Alston y K. Tomasevsky (comps.), *Rights to Food*, Utrecht, Países Bajos.