

“Una Aproximación al Enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo de América Latina”

Víctor Abramovich
**CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales,
Argentina)**

Documento preparado para:
**“Derechos y Desarrollo en América Latina: Una Reunión
de Trabajo”**
Santiago, Chile
Diciembre 9 y 10 del 2004

Tabla de Contenido

Resumen Ejecutivo	3
1. Relaciones y desencuentros entre desarrollo y derechos	4
3. La lógica de los derechos, la creación de poderes y los mecanismos de cumplimiento	10
3. Los niveles de obligaciones comunes a las diferentes categorías de derecho y el margen de definición de las políticas públicas y estrategias de desarrollo	13
4. El principio de inclusión y los estándares sobre igualdad y no-discriminación	24
5. El principio de participación y su relación con los derechos civiles y políticos	28
6. El principio de rendición de cuentas y responsabilidad y los mecanismos de exigibilidad de los derechos	32
7. El enfoque de derechos en los principales actores del desarrollo	37

Resumen Ejecutivo

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 campo del desarrollo. Una guía comprensiva acerca de cómo debería realizarse el proceso de cooperación y asistencia, de las obligaciones de los gobiernos donantes y receptores, de la participación social en ese proceso, 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. 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 requerir determinadas acciones, prestaciones y conductas. Los derechos establecen obligaciones correlativas y éstas requieren mecanismos de exigibilidad y responsabilidad. En este trabajo analizamos algunos puntos de encuentro y desencuentro entre el campo del desarrollo y el campo de los derechos humanos. La incidencia y el potencial aporte de un enfoque de derechos sobre el contenido y la orientación de las políticas públicas y sobre los procesos de elaboración e implementación de esas políticas, y sobre la lógica de actuación de los principales actores involucrados en las estrategias de desarrollo, tales como agencias de cooperación, las instituciones financieras internacionales, los estados y las organizaciones sociales. También trazamos algunos puentes y contactos entre ciertos derechos y las nociones de inclusión, participación, rendición de cuentas y responsabilidad.

1. Relaciones y desencuentros entre desarrollo y derechos.

Este trabajo procura examinar algunas cuestiones que se debaten en el intento por establecer relaciones entre las políticas y estrategias nacionales e internacionales de desarrollo y el derecho internacional de los derechos humanos, y 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, 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 humanos¹.

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 las obligaciones de los gobiernos donantes y receptores, de la participación social en ese proceso, 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. 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 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

¹ 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 Humanos y la Reducción de la Pobreza. Un Marco Conceptual”, Naciones Unidas, Nueva Cork y Ginebra, 2004. Hunt, Paul, Manfred Nowak, and Sddiq Osmani. 2002. Draft Guidelines: A Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies. OHCHR, Geneva. <http://193.194.138.190/development/finalversion.doc>; Appleyard, Susan.2002. A Rights-Based Approach to Development: What the policy documents of the UN, development cooperation and NGO agencies say. OHCHR, Asia Pacific. <http://www.un.or.th/issues/rba/backgroundrba.pdf>; UNICEF.2001. Taking Children Rights Seriously in the Southern Cone: UNICEF’s Work in Argentina, Chile and Uruguay. UNICEF; UNESCO. 2002. Elements for an Overall UNESCO Strategy on Human Rights. UNESCO. París; SIDA.2001. A Democracy and Human Rights Based Approach to Development Cooperation. Sida: 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.

conceptual también contribuirá a definir las obligaciones de los estados frente a los principales derechos humanos involucrados en una estrategia de desarrollo, tanto económicos y sociales 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.

Mas allá que los diversos marcos conceptuales sobre el enfoque de derechos parten de diversos 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 pobreza².

² Ver en tal sentido, Hunt, Paul, Manfred Nowak and Siddiq Osmani, op. Cit, Chapter 1. The process of Formulating Poverty Reduction Strategies in the Human Rights Approach. En igual sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (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”. CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, 2000, cap. V 17.

En tal sentido, 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 cierta relación con la orientación de las políticas al excluir determinados tipos de actuación como prohibidos.

En tal sentido, 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 derechos³. 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, como referencia de los que deberían fijarse 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 su relación con la dinámica de los procesos políticos y el funcionamiento de las instituciones democráticas, el campo de las políticas de desarrollo y el de los derechos humanos han corrido en paralelo, con pocos puntos de encuentro o conexión. En tal sentido basta señalar que muchos de los conceptos habituales en el lenguaje del desarrollo, como la reducción de la pobreza, la participación, la inclusión, el buen gobierno, la responsabilidad (accountability) refieren las mismas cuestiones que en el campo de los derechos 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.

Algunas críticas a la posibilidad de asumir una lógica de derechos de 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,

³ 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 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 en base a 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.

sociales y culturales. Discuten también que pueda asignárseles el mismo grado de exigibilidad o un grado de exigibilidad equiparable a los derechos civiles y políticos⁴. También plantean que una mirada de derechos de las políticas públicas puede resultar en ocasiones demasiado rígida y acota 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 de los países del área. *Los derechos no nos dicen mucho acerca del contenido de las políticas, pero si pueden decirnos algunas cosas sobre su orientación general y nos brindan un marco de conceptos que debe guiar su formulación y su implementación.*

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 vienen realizando en los últimos años, pues rescatan los puntos de encuentro y sinergia entre el campo 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 refieren tan sólo a aquellas acciones mínimas que el Estado tiene el deber de realizar. Además rescatan como sus principales aportes a las estrategias de desarrollo, la vinculación de los derechos con la entrega de poder a los pobres y el fortalecimiento de los mecanismos de responsabilidad a partir del uso de la infraestructura internacional y nacional 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, la articulación de actores estatales y no estatales a nivel de los países y en el plano internacional.

Es indudable que la adopción de este enfoque en las estrategias de desarrollo en América Latina, podría contar con una sólida infraestructura para ello. En la región el concepto de derechos humanos ha sido pensado históricamente como un medio de 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

⁴ Ver Overseas Development Institute, ODI, Briefing Paper, 1999 (3) September, “*What Can We Do With a Rights-Based Approach to Development*”

privar arbitrariamente de la vida, no intrrometerse 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, sino también aquello que debe hacer en orden a lograr una 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, además de realizar un férreo trabajo de fiscalización de las acciones estatales, han empezado a involucrarse en diálogos fructíferos 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 masivas o sistemáticas, 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 y en los esfuerzo por lograr sociedades con mejores niveles de igualdad e integración. A nivel regional, por ejemplo, la jurisprudencia y las interpretaciones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, tanto de la Comisión Interamericana como de la Corte, han incidido de manera decisiva en importantes reformas en el funcionamiento y la accesibilidad de los sistemas de justicia, 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, entre otras cuestiones medulares para el desarrollo en nuestros países⁵.

⁵ Juan E. Mendez y Javier Mariezcurrena, “*Human Rights in Latin America and The Caribbean: A Regional Perspective*”, documento enviado para Human Development Report 2000, “Human Rights and Human Development”.

En definitiva, como anticipamos, el valor agregado o el potencial aporte del enfoque de derechos en el campo de desarrollo, puede ser diverso y con importantes diferencias, según consideremos el punto de vista y los intereses de los diferentes actores involucrados en las estrategias de desarrollo. Las agencias de cooperación y las instituciones que financian políticas de desarrollo, los estados y otros donatarios y receptores y los diversos actores sociales y políticos involucrados. Por lo demás, el enfoque de derechos tendrá diferentes niveles de incidencia en el contenido y la orientación de las políticas públicas y en los procesos de elaboración, implementación y evaluación de las mismas. En tal sentido este trabajo no pretende arribar a conclusiones definitivas sobre el posible encuentro entre desarrollo y derechos humanos. Tan sólo intentamos explorar las áreas en las que es posible establecer una mayor articulación y sinergia, y reflexionar brevemente sobre algunas de las objeciones que se realizan a este enfoque.

En esa línea, comenzaremos por analizar el significado del reconocimiento de derechos y su relación con el otorgamiento de poder a los sectores excluidos, luego examinaremos 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 procuraremos relacionar tres temas básicos en una estrategia de desarrollo: inclusión, participación y responsabilidad, con algunos debates jurídicos que se dan en el campo de los derechos humanos en la región.

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 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 normas y principios establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos. El derecho internacional brinda así un marco normativo explícito e imperativo para 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, la razón fundamental de la reducción de la

pobreza ya no procede simplemente del hecho de que ciertos sectores sociales tienen necesidades, sino también de que tienen derechos, atribuciones que dan origen a obligaciones jurídicas de 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 comportamientos⁶.

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 cuales 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 ocasionar⁷. Retórica de los derechos.

En el uso cotidiano, un “derecho” es una pretensión o reivindicación justificada que tiene un peso relevante en el plano ético y político. El uso jurídico del término “derecho” no se aleja demasiado de su empleo cotidiano. Así, como primera aproximación, podría decirse que uno tiene un derecho –en sentido legal– cuando la ley –el ordenamiento jurídico– reconoce a un sujeto una potestad –la de hacer o no hacer algo, y la de reclamar correlativamente de otros sujetos que hagan o no hagan algo. Se trata entonces de una pretensión justificada jurídicamente –en el sentido de que la pretensión está fundada sobre un reconocimiento establecido en la ley. Algunos autores resumen esto afirmando que tener un derecho significa que una norma jurídica asigna a un sujeto una expectativa negativa (de omisión) o una expectativa positiva (de acción), y crea sobre otros sujetos los correspondientes deberes u obligaciones. Digo, así, que tengo derecho a expresarme libremente

⁶ Ver Ruth Alsop & Andrew Norton, “*Power, Rights and Poverty Reduction*”, Julio 2004.

⁷ 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?, Buenos Aires, 2004. Disponible en <http://www.cels.org.ar>

cuando una norma me concede esa libertad, y correlativamente prohíbe a otros sujetos el interferir en mi libertad. Por otro lado, decir que tengo derecho a un tratamiento médico, o a recibir alimentos, significa –en términos jurídicos– que una norma me convierte en titular de esa expectativa, y que crea en otros sujetos la correlativa obligación de proporcionarme el tratamiento o concederme los alimentos. Ahora bien, existe otro elemento típico de la noción legal del término “derecho”, referente a los casos en los que los sujetos obligados –sea a hacer algo, sea a no hacerlo– incumplen con su deber. Nadie afirmarí que tiene un derecho si del incumplimiento por parte de quien está obligado no se sigue consecuencia alguna: esto equivaldría casi a conceder que el cumplimiento de la obligación queda librado a la buena voluntad del obligado. En estos supuestos, uno de los rasgos que caracteriza a un derecho es la posibilidad de dirigir un reclamo –que puede llamarse demanda, denuncia o queja– ante una autoridad independiente del obligado –habitualmente, un juez– para que haga cumplir la obligación o imponga reparaciones o sanciones por el 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. En tal sentido 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 o 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, constriñendo a los Estados en el margen de acción para adoptar estrategias efectivas de mitigación de la pobreza y el 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 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 políticas⁸.

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

Ahora bien, el enfoque de derechos si bien fija un marco conceptual para la formulación y la evaluación de las políticas y estrategias de desarrollo, 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 asfixiar el margen de acción de las políticas públicas. 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.

En tal sentido 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 campo muy grande de discreción para elegir las medidas específicas a partir de las cuales se realizaran 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

⁸ 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 11, 2003. The Millennium Development Goals and Human Rights 2. disponible en <http://www.conectasur.org/es/dialogodh/notices.php?cod=585>

políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales⁹. 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"¹⁰. 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 ésta 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.¹¹ 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 usuarios¹². 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

⁹ 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".

¹⁰ Cfr. Contreras Peláez, F., cit., p.17-20 ; De Castro, B., "Los derechos sociales: análisis sistemático", en AAVV, Derechos económicos, sociales y culturales, Murcia (1981), p. 15-17.

¹¹ V. 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).

¹² V., por todos, Bourgoignie, T., Elementos para una teoría del derecho del consumo, Vitoria (1994).

libertad de empresa y de comercio resultan modalizadas cuando su objeto o desarrollo conlleven 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 casos¹³.

En tal sentido, la jurisprudencia de los órganos de protección internacional de derechos humanos, y 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 alteraciones ambientales puedan constituir una violación del derecho a la vida privada y familiar¹⁴, de desarrollar acciones afirmativas para evitar riesgos previsibles y evitables que puedan afectar el derecho a la vida¹⁵.

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

¹³ Cfr. Ewald, F., *L'Etat Providence*, París (1985), Libro IV.2.

¹⁴ TEDH, caso Lopez Ostra v. España, A 303-C (1994). TEDH, caso Guerra y otros v. Italia, 19 de febrero 1988.

¹⁵ 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*”.

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 vivienda¹⁶.

En línea con lo dicho, autores como van Hoof o Asbjorn Eide¹⁷ 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,¹⁸ por ejemplo, podrían discernirse cuatro “niveles” de obligaciones:

¹⁶ 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. V. van Hoof, G. H. J., cit., p. 99. 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).

¹⁷ 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 ej. 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), págs. 21-49, en especial págs. 36-38. V. también Eide, A., “Realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Estrategia del nivel mínimo”, en Revista de la Comisión Internacional de Juristas, Nro. 43 (1989).

¹⁸ van Hoof, G. H. J., 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

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 injerian, 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 éstos 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 positivas¹⁹.

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) Nro. 3 (1990) “La Indole de las Obligaciones de los Estados Partes - párrafo 1 del art. 2 del Pacto”, OG Nro. 4 (1991) “El Derecho a la Vivienda Adecuada –párrafo 1 del art. 11 del Pacto–”, OG Nro. 5 (1994) “Personas con Discapacidad”, OG Nro. 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).

¹⁹ 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

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 a 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 sentido.²⁰ En estos casos, la obligación del Estado no siempre está vinculada con la

formación de la voluntad estatal), y los derechos a prestaciones en sentido estricto. V. Alexy, R., Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, 1993, págs. 419-501.

²⁰ 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., cit., p. 189-190. Nuestro argumento es aquí complementario al de Alexy: las “acciones jurídicas institucionales” no sólo son imposibilitadas cuando se deroga 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

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 determinadas²¹.

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 tipo²².

obligación estatal positiva de crear estas normas. Alexy retoma el punto cuando trata los derechos acciones positivas, que distingue entre derecho a acciones positivas *fácticas*, y a acciones positivas *normativas*. Los derechos a acciones positivas *normativas* son “derechos a actos estatales de imposición de norma”. Cfr.

Alexy, R., cit., pp. 194-195.

²¹ 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.

²² 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 pagas, 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 agraviante. 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.

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 –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 cuales son las medidas específicas que se puede 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 pobreza.

Cuando las normas del derecho internacional –o el derecho nacional- 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. Aún 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 directamente²³.

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- para controlar si las políticas y medidas adoptadas se ajustan o no a esos estándares. 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 tiene 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.

²³ 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 último instancia, pero sin los medios para evitar preventivamente la violación de derechos. En la 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.

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.

Es interesante analizar algunos casos de actuación judicial en el control de políticas públicas sobre la base de estándares jurídicos similares a los propuestos por el enfoque de derechos, para ilustrar este planteo. El interés de estos casos deviene de la aplicación de estándares de derecho no a casos individuales sino a conflictos colectivos en los que se ponía en tela de juicio una política pública por su potencial contradicción con un texto normativo. En definitiva examinan la compleja relación entre derechos, obligaciones y políticas públicas²⁴.

En el caso *Grootboom*²⁵, la Corte Constitucional sudafricana entendió que la política de vivienda desarrollada por el gobierno sudafricano resultaba irrazonable al no prever el suministro inmediato de soluciones habitacionales a aquellos sectores de la población con necesidades de vivienda imperiosas. En este caso, el tribunal llega a la conclusión de que un aspecto de la política era contrario al estándar de razonabilidad, pero no cuestiona la totalidad de la política. Por lo general, los tribunales reconocen a los demás poderes un amplio margen para diseñar políticas públicas, de modo que no los sustituyen en la elección de los lineamientos que se ajusten a los estándares jurídicos aplicables. Si la actuación de los poderes políticos se ajusta al estándar, el Poder Judicial no entra a analizar si hubiera podido adoptarse alguna política alternativa. El margen de control también depende del estándar: el análisis de “razonabilidad” es menos riguroso que el que podría elaborarse sobre la base de la noción de “medida apropiada” del PIDESC.

En igual sentido puede consultarse el caso de la Corte Constitucional CCT 8/02 “*Treatment Action Campaign vs. Minister of Health*” en el cual la Corte examinó ciertos aspectos de las políticas de salud pública del gobierno nacional a la luz de estándares constitucionales. El tribunal consideró inconstitucional la política del ministerio de salud sudafricano de reservar el suministro de la droga antirretroviral nevirapine, efectiva para reducir el riesgo de transmisión de HIV de madres a hijos, a centros de investigación privados, y lo obligó a implementar un sistema de distribución de la droga en el sistema público de salud, que incluía el

²⁴ Para un examen para detallado de esta cuestión puede consultarse, V. Abramovich y C. Curtis “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pp. 249/255.

²⁵ Corte Constitucional de Sudáfrica, caso CCT 11/00, *The Government of the Republic of South Africa and Others v. Irene Grootboom and Others*.

entrenamiento de los médicos para asesorar y prescribir el uso de la droga. Este caso de enorme complejidad muestra que una parte central del debate judicial está referido al alcance del remedio, esto es, la medida concreta que el tribunal mandará a implementar para lograr la plena satisfacción de los derechos en juego. Antes de fijar la orden concreta al poder político el tribunal recorre la larga jurisprudencia de los tribunales locales y mecanismos de intervención similar en el derecho comparado, lo que convierte a la sentencia en una pieza de enorme valor para la cuestión que aquí analizamos. Es interesante puntualizar al respecto, que en el caso no existía una discusión sobre recursos presupuestarios, pues el gobierno había reconocido que un laboratorio le había donado la droga para su distribución por cinco años. *La materia más amplia era el debate sobre la idoneidad del plan estatal para reducir concretamente el riesgo de contagio en las embarazadas.* El tribunal ordena al gobierno la implementación de un plan de prevención de la transmisión de la enfermedad entre madres e hijos de modo de garantizar el acceso a servicios de salud de las mujeres embarazadas con independencia de su condición social²⁶.

Otro ejemplo es la reciente decisión de la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York en el caso *Campaign for Fiscal Equity, Inc. v State of New York* del 26 de junio de 2003. En el caso el tribunal entendió que el sistema de financiamiento de la educación pública en el Estado no permitía el cumplimiento de la obligación de garantizar un nivel de educación básico adecuado según lo establecía la Constitución estadual y obligó al Estado a fijar un nuevo sistema conforme con una serie de pautas fijadas en el proceso judicial²⁷.

²⁶ La corte considera insuficiente de acuerdo a estándares legales, los servicios de asesoramiento y exámenes que venía implementando el gobierno, exclusivamente en algunas clínicas privadas y centros de investigación, con escasa utilización de los servicios de salud públicos, lo que implicaba por el costo requerido y la ubicación geográfica de los efectores, una evidente discriminación en el acceso a los servicios de prevención de los sectores más pobres. La Corte ordena que se implemente un plan en la medida de los recursos disponibles que incluya centralmente a los médicos y las instalaciones del estado con alcance nacional para lo cual impone la adopción de acciones previas de capacitación y adecuación de los servicios. En este caso como en Grootbrom la Corte utiliza información del propio Estado para demostrar la efectividad de la droga y el escaso costo económico y de tiempo requerido en el adiestramiento a los médicos del sistema público para la realización de exámenes y asesoramiento necesario para la reducción del riesgo de transmisión que incluía el uso o prescripción del nevirapine. Para una mirada de la estrategia legal y política detrás de esta acción puede consultarse Vinodh Jaichand, "Public Interest Litigation Strategies for advancing Human Rights in Domestic Systems of Law", en *Sur-International Journal on Human Rights*, Nro.1, 1st Semester 2004, p.127/141.

²⁷ En el caso los demandantes reclamaban que el presupuesto asignado a las escuelas públicas de la ciudad de Nueva York no alcanzaba para garantizar el derecho a la educación básica adecuada establecido por la Constitución estadual. Luego de un largo proceso judicial, en una primera decisión el tribunal determinó los extremos que serían materia de prueba a fin de determinar la relación causal entre los recursos presupuestarios y la calidad del servicio educativo brindado por el Estado. Al mismo tiempo estableció una definición de lo que debía entenderse por educación básica adecuada de acuerdo al precepto constitucional, definiendo el

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 vincularse con los estándares legales sobre igualdad y no discriminación. En tal sentido el derecho de los derechos humanos puede aportar conceptos 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 afirmativas para garantizar la inclusión de grupos o sectores de la población tradicionalmente discriminados. 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 en este tema. Así en el caso *Morales de Sierra*, en su interpretación del artículo 24 de la Convención Americana sobre igualdad ante la ley, la Comisión Interamericana ha establecido 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 sospechadas 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 estricto*. El caso 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 para el trabajo de

principio como el nivel de educación idóneo para garantizar la inserción laboral y la participación política de un ciudadano (capacidad necesaria para votar y ejercer el rol de jurado en un juicio). Al mismo tiempo fijó un test de insumos y resultados, vinculando que tipo de aportes realizaba el Estado en el sistema educativo: calidad de los docentes, de las instalaciones escolares, de la información y material didáctico disponible; con los resultados obtenidos en el proceso educativo: nivel de calificaciones, deserción y repitencia entre otros. Al mismo tiempo fijó pautas para determinar en que medida estas variables podían responder a una variación de los recursos presupuestarios, a fin de poder establecer una relación causal entre cantidad de presupuesto y calidad de la educación suministrada por el Estado. En la decisión final del caso la Corte de Apelaciones hizo lugar a la acción y consideró que el presupuesto del Estado era insuficiente para garantizar el estándar constitucional de acuerdo a los indicadores mencionados. El tribunal fijó la obligación del gobierno estadual de fijar el costo actual y real de un servicio educativo idóneo para garantizar en la ciudad de Nueva York el derecho a la educación básica adecuada. Luego obligó al Estado a presentar una reforma del sistema de financiamiento de la educación estadual idóneo para garantizar que en cada escuela de la ciudad se lograra alcanzar el estándar y por último obligó al gobierno a fijar un mecanismo de información y transparencia para poder fiscalizar el nuevo sistema. El tribunal fijó un plazo de un año para que el gobierno estadual cumpliera el mandato y en audiencias realizadas este año supervisó el plan presentado en audiencia con intervención de la parte demandante y tras un fuerte debate público. El caso y los principales documentos jurídicos pueden consultarse en www.cfequity.org

la mujer casada fuera del hogar²⁸. El criterio también es fijado en relación con los trabajadores inmigrantes en el ámbito de las relaciones laborales²⁹. Esta cuestión tiene enorme relevancia política a poco que se observe la situación de ciertos sectores sociales claramente víctimas de procesos históricos de discriminación y exclusión, como los pueblos indígenas en la zona andina o la población negra en Brasil³⁰.

Este punto es de enorme relevancia, pues indica que el sistema interamericano 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 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 derecho³¹. El empleo de la noción de igualdad material supone una herramienta de enorme potencialidad para examinar en las normas que reconocen derechos, pero también la orientación de las políticas públicas vinculadas a derechos económicos, sociales y culturales. 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 la ONU ha establecido que el Estado tiene la obligación de sancionar normas que los protejan contra esa discriminación y adoptar medidas especiales que incluye políticas activas de protección.³²

²⁸ Informe 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra c. Guatemala, 19 de enero de 2001.

²⁹ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 18.

³⁰ Ver Peter Fry, "Color e imperio de la ley en Brasil", en J. Mendez, G. Odonell y P. S. Pinheiro (comp), "La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina", Paidós, Buenos Aires, Barcelona, Mexico, 2002, pp. 191/212; O. Arias, G. Yamada y L. Tejerina, "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", BID, 2004, pp.215/236.

³¹ Para un análisis de estas nociones, cf. L. Ferrajoli, "igualdad y diferencia", en Derechos y garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta, pp. 73-96; J. G. García Añón, "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. Barrére Unzueta, Discriminación, Derecho Antidiscriminatorio y Acción Positiva a favor de las mujeres, Madrid 1997; O. Fiss, "Grupos y la Cláusula de Igual protección", en R. Gargarella (comp), Derecho y grupos desaventajados, Barcelona, 1999, pp.137/167. R. Saba, "(Des)igualdad estructural", en Jorge Amaya (editores), Visiones de la Constitución 1853-2004, UCES, Buenos Aires, 2004, pp.479-514.

³² 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 Nro.2, punto 9, y OG Nro.3, puntos 12 y 13 y, en relación a las personas con discapacidad y ancianos, de las OG Nro.5, punto 9 y OG Nro.6 punto 17, respectivamente. La OG Nro.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 y incapacitados físicos, enfermos terminales, pacientes VIH positivos, personas con

Por lo demás una de las principales obligaciones de los Estados es la determinación de cuales 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 vivienda (OG nro. 4, punto 13) y a la salud pública (OG Nro.14, punto 43 f y 53). 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 cuales son los sectores que requieren una atención prioritaria al momento e 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 afirmativas para resguardar el ejercicio de derechos sociales tiene importante 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 prioritaria³³.

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 Nro. 7, punto 10).

En la OG Nro.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).

³³ Como señala el DFID “en la mayoría de los países en desarrollo la información desagregada relativa a pobreza no suele estar disponible en base a 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 que 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

El principio de igualdad y no-discriminación tendrá derivaciones en cuanto a los criterios con los que debe 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 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. Un interesante ejercicio para medir la utilidad del enfoque de derechos es examinar el impacto de estas políticas públicas a la luz de los estándares internacionales sobre igualdad y no-discriminación. Quizá como referente para este análisis podría considerarse una extendida serie de casos planteados ante los tribunales judiciales estatales de los Estados Unidos, en el que básicamente se pone en cuestión la constitucionalidad del financiamiento de la educación a partir de cláusulas constitucionales de los estados. El argumento central de esta serie de casos, planteados en treinta y seis de los estados y exitosos en veinte de ellos,³⁴ es que la dependencia de gran parte del financiamiento del ciclo de educación obligatorio de impuestos de carácter local (municipal o distrital) importa una violación al principio de igual protección de la ley, dado que liga la calidad de la educación recibida por los niños y adolescentes a la riqueza del distrito escolar en donde vivan. Esta forma de financiamiento regresivo hace cargar a los distritos más pobres con un mayor esfuerzo presupuestario (trasladado, claro, a los contribuyentes del distrito) para obtener niveles educativos similares a los de los distritos más ricos. El planteo está dirigido a obtener la declaración de inconstitucionalidad del plan de financiamiento estatal, y a obligar a los estados a financiar con recursos estatales un mayor

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 M. Buvinic, “La inclusión social en América Latina”, en M. Buvinic, J. Mazza y J. Pungiluppi con R. Deutsch, “Inclusión Social y desarrollo económicos en América Latina”, BID, 2004, pp.3/35.

³⁴ La estrategia ha obtenido sentencias favorables en los siguientes estados: California (caso *Serrano v. Priest*, 1976), Nueva Jersey (*Robinson v. Cahill*, 1973 y *Abbot v. Burke*, 1990), Montana (*Helena Elementary School District No. One v. State*, 1989), Kansas (*Knowles v. State Board of Education*, 1976), Connecticut (*Horton v. Meskill*, 1977 y *Horton v. Meskill*, 1985), Washington (*Seattle School District No. 1 v. State*, 1978), Virginia Occidental (*Pauley v. Kelly*, 1979), Wyoming (*Washakie County School District No. One v. Herschel*, 1980), Arkansas (*Dupree v. Alma School District No. 30*, 1983), Kentucky (*Rose v. Council for Better Education*, 1989), Texas (*Edgewood Independent School District v. Kirby*, 1989), Tennessee (*Tennessee Small School Systems v. McWherter*, 1993), Massachusetts (*McDuffy v. Secretary of the Executive Office of Education*, 1993), Nueva Hampshire (*Claremont School District v. Governor*, 1993), Arizona (*Roosevelt Elementary School District No. 66 v. Bishop*, 1994), Idaho (*Idaho School for Equal Educational Opportunity v. Idaho State Board of Education*, 1996), Alabama (*Ex parte School*, 1997), Vermont (*Brigham v. State*, 1997), Ohio (*De Rolph v. State*, 1997) y Carolina del Norte (*Leandro v. State*, 1997).

porcentaje de los gastos que conlleva el funcionamiento del sistema educativo.³⁵ En tal sentido resulta notable la coincidencia de estos planteos con el señalamiento realizado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU acerca de que las agudas disparidades de políticas de gastos que tengan como resultado que la calidad de la educación sea distinta para las personas que residen en diferentes lugares pueden constituir una discriminación en los términos del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁶.

5. 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 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 que están directamente definidos en normas internacionales o constitucionales.

En este sentido, resulta clave analizar en que medida ciertos sectores discriminados o excluidos socialmente en la región, que suelen definirse como los beneficiarios de las acciones encaradas en el campo de desarrollo, padecen dificultades particulares para el ejercicio 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 limpias³⁷. Requiere fundamentalmente la posibilidad de ejercer algunos otros derechos que actúan en cierto modo como una condición previa para

³⁵ Para ampliar sobre esta estrategia, v. Reed, D. S., "Twenty-Five Years after Rodriguez: School Finance Litigation and the Impact of the New Judicial Federalism", 32 *Law and Society Review* 17 (1998); Banks, J., "State Constitutional Analyses of Public School Finance Reform Cases: Myth or Methodology?", 45 *Vanderbilt Law Review* 129 (1992); Thro, W. E., "Judicial Analysis during the Third Wave of School Finance Litigation: The Massachusetts Decision as a Model", 35 *Boston College Law Review* 597 (1994); William, R. F., "Foreword: The Importance of an Independent State Constitutional Equality Doctrine in School Finance Cases and Beyond", 24 *Connecticut Law Review* 675 (1992).

³⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, OG nro. 13 punto 35.

³⁷ Guillermo O Donell "Teoría democrática y política comparada", *Desarrollo Económico, Revista de Ciencias Sociales*, enero-marzo 2000, vol. 39 p. 519-568.

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.

Uno de los temas de relevancia para garantizar la participación social de los sectores pobres 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 de huelga y de negociación colectiva, y fijar jurisprudencia uniforme y de seguimiento obligatorio, en toda la región en esta materia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos por lo demás ya se ha pronunciado en un caso sobre libertad sindical de Panamá³⁸. 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.

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

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, caso *Baena Ricardo y otros*, sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C, Nro. 72.

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. En este sentido cabe señalar que este tipo de prácticas caracterizan en 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. El Relator de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana 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 pública imperativo³⁹. Aún cuando existen desarrollos en igual sentido el tema es medular para fijar el alcance de los derechos a la participación política en la región. 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 o excluidos de las representaciones del mundo del trabajo formal. En tal sentido, se trata de alguna manera de una reformulación de la democracia política construida exclusivamente sobre la base de la representación de los trabajadores: la figura del sindicato como actor, social y actor político no sólo al interior de la relación de trabajo, sino también fuera de ella, constituía una forma de redefinición de los mecanismos de la democracia política en un contexto en el que los representantes del capital y del trabajo eran considerados actores sociales representativos. En esta línea de ideas, otro desafío al que nos enfrentamos hoy en día es el de establecer mecanismos de participación y de diálogo social en los que estén representados todos aquellos actores sociales excluidos y marginados del mercado de trabajo, cuyas voces no son representadas ni por el sistema de partidos políticos ni por la estructura sindical tradicional por no ser miembros permanentes de la población asalariada.

En tal sentido, una cuestión que ha demandado la atención del sistema interamericano 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 ha través de sus propias representaciones políticas⁴⁰ En este tema se observa la directa vinculación entre el

³⁹ 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 al 2002”, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2003.

⁴⁰ Ver José Aylwin, “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, pp. 153/222.

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 decisión reciente 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 ancestrales⁴¹. 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 Colombia⁴² 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 comunidad⁴³.

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. En tal sentido 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

⁴¹ Corte IDH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo)Awás Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, Nro. 79.

⁴² 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, pp. 28

⁴³ 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.

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 examinados 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. Más arriba analizamos algunos supuestos de obligación de producción de información vinculados al ejercicio de derechos de sectores excluidos o históricamente discriminados⁴⁴. 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 publicidad 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 acceso⁴⁵.

6. El principio de rendición de cuentas y responsabilidad y los mecanismos de exigibilidad de los derechos.

Sin duda una de las principales cuestiones para explorar la potencialidad de la relación entre derechos y políticas de desarrollo está en los mecanismos de rendición de cuentas y de responsabilidad. Ello, pues la lógica de los derechos

⁴⁴ 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.

⁴⁵ 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”, pp. 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 Rights”, Article 19, 2000, en www.article19.org. “La Información como herramienta para la protección de los derechos humanos”, CELS, 2004.V. Abramovich y C. Courtis, “El acceso a la información como derecho”, en E.L. Duhalde (ed.), *Anuario de Derecho a la Información*, (Buenos Aires, Madrid) 1 (2000).

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, aún 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. También consideramos especialmente los sistemas de protección de derechos que funcionan en la instancia internacional, como el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, los Comités de las Naciones Unidas, las Relatorías temáticas de la ONU entre otros. 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.

El derecho de los derechos humanos tiene estándares claros 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 fundamentales.⁴⁶ En tal sentido,

⁴⁶ 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 Interamericana de Derechos Humanos 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, incurren 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

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 aquellos 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 obstaculizan o limitan la posibilidad de acceso a la justicia, incluso brindando en ciertos casos asesoramiento jurídico o estableciendo sistemas de eximición de gastos.⁴⁷

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

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, párra. 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, *Aydin 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 puede 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, 161-173, 1997.

47 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.

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 derechos⁴⁸. Sin embargo, no hay ninguna imposibilidad teórica o práctica de configurar derechos tutelables 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 limitar e imponer obligaciones a los poderes públicos, por lo 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. 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, entre otros.⁴⁹

Al mismo tiempo el reconocimiento de que esas políticas y servicios responden al cumplimiento de derechos económicos, sociales y culturales, implicará reconocer

⁴⁸ Cfr. Luigi Ferrajoli, “Estado social y Estado de derecho”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis (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. V., al respecto Rubén Lo Vuolo, Alberto Barbeito, Laura Pautassi, y Corina Rodríguez, La pobreza... de la política contra la pobreza, Miño y Dávila-CIEPP, Buenos Aires (2000), pp. 191-202.

⁴⁹ 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 otorgamientos 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, Mexico, Draft-june11,2004).

mecanismos adecuados 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 y de la actuación de actores privados, que impactan con sus acciones en el ejercicio de aquellos derechos básicos. En tal sentido, un mecanismo de acceso a la justicia en relación con temas vinculados a las políticas de reducción de pobreza y desarrollo, son las acciones de amparo colectivo o acciones de clase, que permiten discutir la legalidad de ciertos aspectos de políticas públicas sociales o de prestaciones de servicios públicos, a partir de estándares constitucionales o internacionales. En estas acciones organizaciones ambientales, de usuarios, pueblos indígenas, organizaciones de mujeres y de derechos humanos, han logrado incidir en la orientación de políticas sociales, y fiscalizar empresas de servicios públicos o en ocasiones 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 nocivas⁵⁰.

Otro aspecto central para mejorar los mecanismos de responsabilidad en las estrategias de desarrollo y reducción de la pobreza, es el fortalecimiento de los sistemas de protección internacional de derechos humanos, no sólo como última instancia de reclamo cuando han fracasado los sistemas de administración de justicia nacionales, sino como un ámbito para la fijación de estándares uniformes en relación con los derechos consagrados en los tratados, que serán luego aplicados en los países por sus sistemas de justicia, con el consiguiente impacto en el fortalecimiento de las instituciones democráticas a nivel local. Esto es, afirmar el funcionamiento de los mecanismos internacionales como instancias de protección pero también como forma de influir en que los gobiernos cumplan con esos derechos y en el fortalecimiento de los mecanismos de tutela de las personas al interior de los Estados. 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

⁵⁰ Ver P. Provoste y P. Silva, “Acciones de interés público por la no discriminación de género”, en F. Gonzalez y F. Viveros (editores), 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 Sutill, “Reformas Judiciales en América Latina. ¿Buenas Noticias para los Pobres?”, en J. Mendez, G. O’Donell y P.S. Pinheiro (comp), La (in)efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina, Paidós, Buenos Aires, Mexico, 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, Bogota, 2003.

derechos humanos y las defensorías del pueblo. La obligación de los Estados de ajustar sus sistemas legales y sus políticas a las obligaciones asumidas en los tratados internacionales, puede tener indudablemente implicancias en los sistemas de rendición de cuentas. Puede señalarse en tal sentido, el trabajo emprendido por UNICEF con relación a la implementación doméstica de la Convención sobre los Derechos de los Niños, y la preocupación por generar estándares y reglas de interpretación adecuada de esas normas a nivel local e internacional.

7. El enfoque de derechos en los principales actores del desarrollo.

Los mecanismos de exigibilidad de los derechos podrán incidir en mejorar los sistemas de rendición de cuentas de las políticas de reducción de pobreza en la medida en que existan actores sociales suficientemente fuertes y con recursos técnicos para utilizarlos. En ese sentido la posibilidad de incorporar una perspectiva de derechos en las estrategias de desarrollo debe tener como componente fundamental la reorientación de los sectores sociales que participan tradicionalmente de los procesos de desarrollo, para que incorporen esa perspectiva y las capacidades que se requiere para ejercer esos derechos en representación de los sectores excluidos. En tal sentido, el enfoque de derechos ha comenzado también a incidir en un cambio del trabajo tradicional de las denominadas organizaciones de desarrollo tanto locales como internacionales⁵¹.

En este contexto, la alianza entre las organizaciones de desarrollo y aquellas que han adquirido una mayor experiencia en el lenguaje de los derechos y la implementación de estrategia legales, puede aportar miradas complementarias y potenciar la participación social y la fuerza de los reclamos.

Tradicionalmente, las organizaciones de desarrollo han basado su metodología de trabajo en fortalecer la organización, capacitación y participación en ámbitos estatales de los sectores populares para la solución de sus necesidades básicas y la superación de situaciones de exclusión social y pobreza. La mayoría de estas organizaciones no han incluido la perspectiva de derechos en su práctica cotidiana

⁵¹ . Ver Jochnick, Chris and Paulina Garzon. 2002. *Rights-Based Approaches to Development: An Overview of the Field*. Care, Oxfam-America, Ford Foundation.
<http://www.un.or.th/ohchr/issues/rba/documents/jtpaper.doc>. International Council on Human Rights Policy. Local Perspectives: foreign aid to the justice sector”, Geneva,1999, disponible en//http://www.international_council.org. Sobre la relación de organizaciones de derechos humanos y de desarrollo en algunos países de la región, ver V. Abramovich, “Líneas de Trabajo en Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Herramientas y Aliados”, en “Temas de Derechos Humanos en Debate”, coord. José Zalaquet, IDL y Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Lima, 2004, pp. 17/74.

y tampoco han utilizado las vías legales, y en muchos casos las han considerado contrarias a sus estrategias y objetivos. Las principales razones que suelen invocarse se relacionan con la falta de confianza en las instituciones judiciales, los tiempos y costos que insume la promoción de acciones en el ámbito judicial, y un sentimiento de discriminación hacia los sectores más pobres por parte de este tipo de instituciones. La idea tradicional de que el conflicto puede ser expropiado por aquellos que se encargaran de traducirlo al formular una demanda legal, y que los casos judiciales le dan demasiado poder a los abogados en desmedro de la fortaleza de los actores y movimientos sociales. En el campo de las organizaciones de derechos por el contrario, se ha priorizado en términos generales, las vías de exigibilidad legal que permiten mejorar el grado de vigencia de los derechos, especialmente a través del litigio de casos ante los tribunales locales y los diversos organismos internacionales de protección de los derechos humanos, y los informes que documentan violaciones de derechos. Sin embargo, es relativamente reciente el desarrollo de estrategias de acción en el ámbito de los derechos sociales, y el trabajo más cercano con organizaciones de base, pueblos indígenas, o grupos afectados en el marco de conflictos sociales de índole colectiva. En suma, se observa por un lado, la antigüedad y fortaleza de las organizaciones de desarrollo en su relación con los sectores sociales desfavorecidos y una vasta experiencia en la promoción de estrategias políticas y sociales de organización, capacitación y participación y por otro, del lado de las organizaciones de derechos humanos, una importante acumulación de experiencias de trabajo en el plano legal, tanto en el litigio de causas como en el uso de la perspectiva de derechos en la documentación de violaciones y la elaboración de informes de situación. El enfoque de derechos puede ser un punto de encuentro para ambos tipos de organizaciones. Se han observado en tal sentido algunas experiencias auspiciosas en la región. Así, las organizaciones de desarrollo asumen la perspectiva legal como un nuevo instrumento a utilizar en el marco de sus estrategias tradicionales de negociación, reclamo e incidencia política, y las organizaciones de derechos humanos amplían su inserción social y la comprensión de las agendas e intereses de los grupos representados, mejorando su capacidad de articular las acciones legales y de incidencia política. En efecto, el abordaje conjunto de conflictos sociales complejos, permite el logro de mejores resultados, teniendo en cuenta la especificidad y la experiencia de cada tipo de organización en sus respectivos ámbitos de actuación, mejorando la calidad de la participación social y la utilización de los mecanismos disponibles de exigibilidad de derechos y rendición de cuentas.

Por último, es importante mencionar que cualquier estrategia de fortalecimiento de los sistemas de protección de derechos y la incorporación de estándares jurídicos a nivel nacional, no podría ser desplegada con coherencia por las agencias de

cooperación, ni por las instituciones financieras internacionales, sin mejorar a su vez, los mecanismos de rendición de cuentas al interior de esas mismas entidades, dotándoles de mayor transparencia y apertura a la ciudadanía, de modo de hacerlos compatibles con un enfoque de derechos que incluya como sujetos responsables a todos los actores de la estrategia de desarrollo. En tal sentido, el enfoque de derechos demanda también fundamentalmente transformaciones sustanciales en el funcionamiento y en la lógica de estas instituciones. Tales mecanismos de responsabilidad si bien responden obviamente a una lógica no judicial, debe cumplir con estándares mínimos sobre accesibilidad, independencia y transparencia⁵².

⁵² Ver M Botto y D. Tussie, “Los derechos humanos en la agenda de los organismos económicos internacionales”, en J. Zalaquet (coord), “Temas de Derechos Humanos en Debate”, IDL y Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Lima, 2004, pp.223/254; Cfr. También D. Clark, J. Fox y K. Treakle, “*Demanding Accountability. Civil- Society Claims and the World Bank Inspection Panel*”, Rowman & Littlefield Publishers, Oxford, 2003. J. Fox & L.David Brown,” *The Struggle for Accountability. The World Bank, NGOs, and Grassroots Movements*”, MIT Press, Cambridge, 1998.