

## Capítulo VII

### El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales

Víctor Abramovich y Laura Pautassi

#### 1. Introducción

Las experiencias analizadas a lo largo del presente libro dan cuenta de una situación inédita en Argentina, pero que también lo es para América Latina, de cómo el litigio, y en especial el litigio colectivo basado en la operatividad de las cláusulas constitucionales, ha generado un nuevo escenario en materia de definición del conjunto de políticas sociales. Aquello que otrora refería solo a una difusa relación entre el sistema de políticas sociales y los derechos humanos, ha dado paso a un escenario en donde se han puesto en cuestionamiento las premisas que sustentan los propios sistemas de seguridad social. Si bien no podemos aventurar señalar que el impacto del litigio ha promovido un cambio radical en el conjunto de políticas sociales, el consenso es creciente hacia considerar de qué manera se puede articular el conjunto de derechos humanos y las políticas de desarrollo.

El activismo judicial desplegado y los resultados del litigio, además de los efectos reseñados en cada caso particular, dan cuenta de los límites de las políticas sociales discrecionales aplicadas en toda la región, en particular durante las décadas de los años ochenta y noventa, límites que por otra parte, ya habían sido demostrados a partir del crecimiento de la pobreza y de la exclusión social. En el caso argentino, al impacto social negativo de la aplicación de políticas asistenciales discrecionales se suman fallos judiciales condenatorios de estas situaciones.

Paulatinamente se va ganando mayor consenso en América Latina en relación con la necesidad de pensar a las políticas públicas en general, y a las políticas sociales en particular, como parte de las obligaciones estatales para el cumplimiento efectivo de los derechos humanos. Tal enfoque supera la visión de las políticas sociales bajo una lógica signada por la oferta de beneficios de tipo asistencial, que pueden o no ser asumidos por el propio Estado, para dirigirse hacia la definición de las obligaciones que son responsabilidad del Estado, mediante los distintos instrumentos que tiene a su alcance. Estas nuevas políticas pretenden superar décadas en la consideración de las personas como meros “beneficiarios” de programas sociales de corte asistencial para pasar a su valoración en tanto titulares plenos de derechos.

Este nuevo consenso no surge de un enfoque renovado en términos de una visión amplia en torno a los derechos humanos, sino parte de la búsqueda de nuevos elementos superadores ante el evidente fracaso de las políticas focalizadas de las décadas de los ochenta y los noventa, las que fueron promovidas particularmente por los organismos de asistencia crediticia, agrupados en el denominado consenso de Washington<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Una de las tesis más difundidas en el marco de este consenso, sostenía que una vez eliminada la intervención estatal –a partir de la liberalización de mercados, apertura comercial, atracción de inversiones, reducción del sector público y programas asistenciales focalizados dirigidos a los sectores

Por una parte, algo más de dos décadas de implementación de políticas de ajuste estructural y redefinición del rol de Estado tras la intervención de coaliciones gobernantes de cuño neoliberal, han mostrado no solo signos de fracaso en tanto la pobreza y la vulnerabilidad aumentaron sostenidamente, al mismo tiempo que la severa restricción y en muchos casos desmantelamiento que sufrieron los sistemas de políticas sociales, lograron el terrible efecto de transformar a América Latina en el continente más desigual.

Así los resultados de las políticas de reforma estructural provocaron serios desequilibrios en toda la región, pero principalmente debe quedar en claro que la pobreza se profundizó en América Latina por razones macroeconómicas y no solo por una débil institucionalidad o por los déficit propios de aplicar programas focalizados sin medidas más universales<sup>2</sup>.

Sin embargo, y sobre este aspecto buscamos llamar la atención, la política social continúa definiéndose en América Latina principalmente en el seno de los organismos de asistencia crediticia, los que no obstante la evidencia señalada, siguen promoviendo intervenciones ligadas a reafirmar al mercado como ámbito –y modelo- de coordinación económica por excelencia dotándolo de una “dimensión institucional”, en tanto reconocen que es imposible reducir la pobreza sin contrarrestar los efectos pro-cíclicos que genera la inestabilidad financiera sobre el crecimiento y la capacidad del gasto del Estado (Marques Pereira, 2006). Los programas de transferencias condicionadas de ingresos son un claro ejemplo de ello, los que tras largos años de implementación gozan de una institucionalidad importante que genera severas confusiones en torno a su carácter de estrategias focalizados, y en la mayoría de los casos, como el Plan Jefes de Hogar de Argentina o el Programa Oportunidades de México, la masividad en la cobertura lleva a diluir el carácter de política focalizada<sup>3</sup>.

Bajo estos parámetros, los organismos de asistencia crediticia continúan recomendando que el Estado debe cumplir un rol meramente “estimulador” cualquiera sea el tipo de mercado donde interviene. En este marco incentivar una mayor “prudencia financiera” y favorecer la empleabilidad de los trabajadores aparecen como los resortes institucionales decisivos de ajuste de los mercados, que supuestamente evitarían

---

más pobres- el intercambio mercantil promovería el crecimiento económico y distribuiría la riqueza a través del “efecto derrame” (Williamson, 1990). En este marco, los derechos sociales eran considerados como un gasto que no podía ser asumido ni por el Estado como tampoco podría soportar la competitividad de la economía.

<sup>2</sup> La región ha transitado etapas de crisis y de recuperación económica sin que ello haya modificado los niveles de pobreza, con ciertos atenuantes en períodos de alto crecimiento, con posteriores aumentos cuando sobreviene la crisis económica y nuevo estancamiento en momentos de su recuperación; Salama (2006)

<sup>3</sup> Se estima que cerca de veinte millones de familias en América Latina reciben transferencias monetarias condicionadas (Valencia Lomeli, 2008). En el 2008 quince países cuentan con un programa de esta naturaleza, entre los que se encuentran: “Programa Familias” y “Plan Jefes y Jefas de Hogar” (Argentina), “Bolsa Familia” (Brasil), “Familias en Acción” (Colombia), “Programa de Transferencias Monetarias Condicionadas” (Costa Rica), “Puente-Chile Solidario” (Chile), “Bono de Desarrollo Humano” (Ecuador), “Red Solidaria” (Salvador), “Programa de Asignación Familiar” (Honduras), “Programme od Advancement Trough Health and Education” (Jamaica), “Oportunidades” (México), “Red Oportunidades” (Panamá), Red de “Promoción y Protección Social” (Paraguay), “Juntos” (Perú), “Solidaridad” y “Plan Nacional de Emergencia Social” (Uruguay).

desempleo estructural o fuga de capitales, sin variar sustantivamente la anterior tesis de liberalización de los mercados (Marques Pereira, 2006)<sup>4</sup>.

Este nuevo direccionamiento de la política se agrupa en el denominado consenso post-Washington, por el cual se incorpora la idea de institucionalidad y de gobernabilidad, en el sentido de proveer “mejores instituciones” y “*good practices*” para optimizar el funcionamiento de los mercados. Al mismo tiempo, se promueve un debate sobre la débil institucionalidad de ciertas intervenciones de política social, basadas en el reconocimiento de beneficios particularizados y meramente asistenciales, que excluyen el lenguaje y la lógica de los derechos, más allá que retóricamente los incluyan<sup>5</sup>.

En consecuencia proponen una “segunda generación” de programas, que lejos de superar esta visión propone incorporar un marco de derechos, denominado para el Banco Mundial como “marco comprensivo del desarrollo” que define a la pobreza como un fenómeno multidimensional, aunque las vías para superarla son nuevas versiones de antiguos programas de “combate” a la pobreza, en una apuesta mayor por dejar en claro la idea de derechos pero con prácticas focalizadas, aunque de mayor cobertura, pero que distan de ser propuestas de políticas universales<sup>6</sup>. Al mismo tiempo prestan especial atención a estimular la formación del capital humano y del capital social, introduciendo una mayor corresponsabilidad en ello a la propia población destinataria<sup>7</sup>.

Por su parte, en recientes publicaciones de estos organismos, sostienen claramente que la única forma de superar la pobreza y la exclusión es a partir de garantizar el conjunto de derechos sociales. En términos del Banco Interamericano de Desarrollo (2008: 260) “*a menos que la inclusión se propicie a partir de los derechos ciudadanos, América Latina seguirá sufriendo por su legado de ser considerada como la región con mayor desigualdad del mundo*”, haciendo abstracción de toda responsabilidad directa en la recomendación –y financiamiento- de políticas regresivas en materia de derechos. En forma similar, el Banco Mundial (World Bank, 2007: 93) también destaca la importancia de aplicar un enfoque de derechos en las políticas de desarrollo, que incremente el acceso a los servicios sociales, que garantice una mayor eficiencia en las prestaciones y que promueva la participación de los propios destinatarios, pero siempre bajo el marco de aplicación de programas focalizados y sin asumir su responsabilidad en la implementación de programas contrarios a derecho.

---

<sup>4</sup> Marques Pereira (2006) demuestra asimismo que esta “revisión” de las políticas aplicadas esconde a su vez, un artificio para consolidar el marco de políticas liberales aplicadas durante los noventa, ya que el único cambio que se explicita es el reconocimiento de la presencia de las fallas del mercado y de los gobiernos, recomendando reformas institucionales para estimular la coordinación económica del mercado, agregando que van más allá, en el sentido de proponer al mercado como vara para medir la eficiencia del Estado.

<sup>5</sup> Nada dicen en relación con la degradación de los derechos laborales, sindicales y de la seguridad social, que fueron un resultado explícito de las reformas implementadas en la última década en el ámbito del mercado de empleo y en los sistemas de jubilaciones y pensiones, que por otra parte contaron con el aval de estos organismos y en muchos casos, como en la reformas previsionales, con su directo impulso.

<sup>6</sup> Como destaca Valencia Lomeli (2008), estos programas se han convertido en el símbolo de una nueva manera de actuar frente a la pobreza y de un nuevo tipo de programas de asistencia social, respetuoso de los principios de mercado, y de las reformas económicas de los años ochenta y noventa que atravesó la región, con un claro predominio de la política social residual y focalizada en la extrema pobreza.

<sup>7</sup> Se sigue pues utilizando la potencialidad de las personas, particularmente los pobres, los jóvenes, las mujeres, para “promover” que sean ellos mismos los que “abandonen” la pobreza, desconociendo el débil efecto que tienen este tipo de programas en contextos económicos de alta volatilidad, al mismo tiempo que sostener que la pobreza es un fenómeno de índole individual es altamente falaz.

Y allí es precisamente donde nos interesa poner el énfasis de la argumentación y que consiste en señalar que incorporar un marco de derechos en las estrategias de desarrollo, debe tener en cuenta que si el mismo se aplica sobre las bases de un modelo económico vulnerable –como demuestra serlo el modelo heredado de los noventa, a pesar de las recuperaciones post-crisis y el actual ciclo de las economías atravesado por la crisis económica internacional, consolidaría una suerte de “ficción ciudadana” en lugar de la consolidación de un marco de derechos en un modelo económico sólido<sup>8</sup>.

Precisando, no se puede forjar un marco de derechos vinculado a los proyectos y modelos económicos coyunturales, como tampoco se pueden pensar en la actualidad en derechos otorgados en función de la inserción en el mercado de empleo remunerado, tal como originariamente se definieron en algunos países como Argentina, a los derechos sociales vinculados con la categoría de trabajador asalariado. Al respecto, es interesante considerar especialmente la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso Reyes Aguilera, en relación con la necesaria redefinición del contenido y del alcance del derecho a la seguridad social, que pone coto a esta dinámica de otorgar derechos en función de una relación laboral formal<sup>9</sup>.

En este sentido, se constata en la región una creciente demanda en relación con el enfoque de derechos aplicados al ámbito de las políticas sociales y las estrategias de desarrollo a nivel regional, las cuales todavía no han sido mayormente afectadas por la evolución del derecho internacional de derechos humanos, en cuanto al alcance de las obligaciones del Estado de proteger ciertos derechos fundamentales en el ámbito social, tal como se ha comprobado a lo largo de los casos analizados en el presente libro.

Paradójicamente, a pesar de compartir la preocupación por muchos temas comunes, especialmente en temas referidos a la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión y su relación con la dinámica de los procesos políticos y el funcionamiento de las instituciones democráticas, el campo de las políticas sociales, las estrategias de desarrollo y el campo de los derechos humanos han corrido en paralelo, con pocos puntos de encuentro o conexión. Mucho más visible ha resultado la bifurcación que se ha producido en relación con los modelos económicos e institucionales en donde desarrollar las estrategias señaladas y en donde existe una ausencia casi absoluta de debate en relación con el diseño de políticas de corte universal. En rigor, cada día se habla más de derechos pero en los hechos sigue diseñando o implementando estrategias focalizadas.

En tal sentido basta señalar que muchos de los conceptos habituales en el lenguaje del desarrollo, utilizados por las agencias de cooperación y las instituciones financieras internacionales (IFIs), como la reducción de la pobreza, la participación, la inclusión, el buen gobierno, la responsabilidad y rendición de cuentas (*accountability*) refieren a las mismas cuestiones que en el campo de los derechos humanos describen el alcance de los derechos a la salud, a la alimentación, a la educación, a la libertad de expresión, a la

---

<sup>8</sup>La noción de ficción alude a que el Derecho crea un mundo propio, poniendo en escena un juego de significantes y un sistema de representaciones, que suelen romper paradigmas de tiempo real y provocar experiencias semejantes a las narraciones de las novelas (Marí, 2002: 375).

<sup>9</sup>Corte Suprema, “Recurso de hecho deducido por Luisa Aguilera Mariaca y Antonio Reyes Barja en representación de Daniela Reyes Aguilera en la causa Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional”, 4/09/2007. En el primer capítulo de este libro se analiza en profundidad este fallo y las implicancias en términos de acceso a la seguridad social.

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, lo cual no ha impedido que la agenda de estas instituciones abordaran cuestiones de pobreza o de calidad institucional directamente vinculadas con aquellos derechos. Sin embargo, en los últimos años esta prohibición ha cedido paso ante una incorporación del enfoque de derechos sin el consiguiente análisis del impacto que presenta. De allí que pueden lograr una nueva ficción de interpretar a la focalización como una práctica conforme a derechos, eludiendo el principio de igualdad y los estándares jurídicos que son intrínsecos a la definición de un derecho social. Estos estándares permiten analizar las políticas públicas en materia social, particularmente las políticas destinadas a la pobreza y a los sectores vulnerables, considerando particularmente si éstas se adecuan o no a los parámetros desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos.

En rigor, las obligaciones de los Estados Parte no se limitan a satisfacer el contenido mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales, sino que cada Estado se encuentra obligado a adoptar medidas para que de manera progresiva se alcance la satisfacción plena de estos derechos, y no puede escudarse en la falta de recursos disponibles para justificar su accionar si este induce a un sector de la población por debajo del estándar mínimo de protección de este derecho. A su vez, de cada derecho se desprenden una serie de obligaciones a las que haremos referencia a lo largo del capítulo, sin embargo, cabe adelantar que entre los estándares contenidos en cada derecho social, se encuentra la obligación de satisfacer –al menos- el contenido mínimo de los derechos; la de utilizar al máximo los recursos disponibles, el principio de progresividad y no regresividad; el principio de no discriminación; la producción de información, la participación de los sectores afectados en el diseño de las políticas públicas y el acceso a la justicia.

De forma inversa, la obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos obliga al Estado a no afectar este contenido mínimo al restringirlos. Toda restricción a derechos económicos, sociales y culturales debe ser sometida al control de la afectación o no del contenido esencial del derecho regulado. Todos estos aspectos, que analizaremos a lo largo del capítulo, deben ser tenidos en absoluta consideración y análisis de razonabilidad antes de señalar que se está incorporando un enfoque de derechos.

En rigor, y debido al consenso señalado en relación con el enfoque de derechos, consideramos que existen suficientes razones y urgencias para cerrar las brechas y tender puentes entre el conjunto de derechos humanos y los sistemas de políticas sociales, que al mismo tiempo tiendan otro puente entre el sistema político (por caso las coaliciones gobernantes) para que reorienten la política económica en el mismo sentido de la estrategia de desarrollo bajo un marco de derechos. Al respecto, cabe recordar que el actual escenario político de América Latina marca una diferencia sustancial en relación con los años noventa, en tanto renovadas coaliciones políticas han ganado las urnas, evidenciando un cambio en las plataformas políticas y sociales. Entre otros importantes efectos, cabe mencionar la llegada a la presidencia en Brasil de un representante del Partido de los Trabajadores, reelecto en un segundo mandato; en Bolivia por primera vez un representante indígena llega a la presidencia; en Uruguay

gobierna el Frente Amplio y recientemente un ex-obispo católico asumió como presidente de Paraguay. Un hecho de trascendental importancia fue la elección de la primera presidenta mujer en Chile, quien sostuvo en su plataforma electoral la paridad como eje de sus políticas, y dos años más tarde asumió también una mujer como presidenta de Argentina. Varios otros ejemplos ayudan a dar cuenta de un escenario regional que presenta importantes signos de ruptura con la hegemonía del denominado “pensamiento único” de años anteriores, aunque algunos modelos permanezcan estáticos frente a los cambios de la región. En todo caso, el escenario actual en la región muestra un creciente consenso hacia el impulso de programas de desarrollo respetuosos de los derechos humanos. Sin embargo, cabe destacar que es necesario lograr mayor precisión en relación con el impacto de un marco respetuoso del conjunto de derechos humanos, que va más allá de una fina retórica al respecto.

En particular en el ámbito regional en donde los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH) en temas tales como el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación; el derecho a la participación política y el derecho de acceder a la justicia, son de inestimable valor para ajustar aquellas discusiones acerca de la universalidad, transparencia e institucionalidad de las políticas sociales y las estrategias de desarrollo<sup>10</sup>.

El actual escenario mundial, en el marco de la crisis alimentaria y de los primeros signos de deterioro y recesión que enfrenta la economía mundial, alertan sobre la urgencia en abordar la problemática ya que se corre un serio riesgo de retroceder en los avances que se alcanzaron en términos de superación de la pobreza y la indigencia<sup>11</sup>.

De allí que uno de los principales aportes y al mismo tiempo de los principales desafíos del campo de los derechos humanos, en relación a los problemas regionales originados en la exclusión y la degradación institucional, reside en la *capacidad de guiar con estándares y principios la actuación de los Estados democráticos en las situaciones concretas*, tanto la jurisprudencia de los tribunales, a fin de determinar el alcance de los derechos, como los procesos de formulación de políticas públicas, contribuyendo de ese modo al fortalecimiento de las garantías institucionales y sociales de esos derechos en los diferentes espacios nacionales.

Sin embargo, y asumiendo la heterogeneidad de procesos y situaciones presentes en la región y de los compromisos internacionales asumidos por los Estados, los problemas centrales que hacen a la inserción laboral, la seguridad social, la participación política y el ejercicio de derechos en general, se dirimen en contextos mucho menos retóricos pero mucho más mediatos. De allí que resulta imprescindible que se concentren los esfuerzos para incorporar un enfoque de derechos y que los Estados asuman sus obligaciones

---

<sup>10</sup> Estos estándares jurídicos pueden servir para fijar *un marco* para la definición de las políticas y estrategias de intervención tanto de los Estados como de los actores sociales y las agencias de cooperación para el desarrollo, y establecer un *criterio* común para la fiscalización y evaluación posterior de políticas y estrategias, otorgando un contenido más preciso a algunos principios que inspiran la formulación de estrategias de desarrollo y reducción de la pobreza en la región, tales como el *principio de inclusión, de participación, de rendición de cuentas y de responsabilidad*, Abramovich (2006<sup>a</sup> y 2007).

<sup>11</sup> Gargarella (2005) señala que en forma contraria a la práctica dominante durante años, los programas económicos deben ajustarse al respeto de los derechos, y no los derechos quedar dependientes de los programas de ajuste. La Constitución exige que nadie tenga sus intereses básicos sujetos a la esperanza del “derrame” económico, ni sus derechos condicionados al crecimiento de la riqueza.

positivas en materia de satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) pero también civiles y políticos.

En los puntos siguientes argumentaremos en esta dirección, con especial énfasis en las relaciones entre estándares de derechos humanos y políticas sociales<sup>12</sup>. Examinaremos algunos intentos por fijar esos marcos y sistemas de evaluación e indicadores a partir de la interpretación de las normas internacionales de derechos humanos, así como algunas tensiones y cuestionamientos que han provocado estas experiencias. Para ello nos detendremos en el debate acerca de la exclusión social y sus consecuencias en materia de derechos humanos; al mismo tiempo que analizaremos los dilemas que se presentan especialmente en materia de políticas distributivas y del principio de igualdad.

Sostendremos que estos estándares pueden servir además como criterio para el control y eventualmente la impugnación y el cuestionamiento de estas políticas tanto por la sociedad civil como los órganos de control institucional. En particular examinaremos el valor de los estándares interamericanos sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación y el derecho de acceso a la justicia; y su relación con los principios de inclusión, participación y rendición de cuentas, seguidos en el campo de las políticas sociales y las estrategias de desarrollo. Se trata pues de aproximar un conjunto de estándares aplicables al amplio y heterogéneo espectro de las estrategias de desarrollo, que lejos de actuar como discursos de buena voluntad política resulten operativos y coherentes para producir cambios, no solo en el rumbo de la política económica y social, sino en la centralidad y responsabilidad del propio Estado, como también contribuyan a una mejor comunicación entre la esfera judicial y la política.

## **2. Acerca de los consensos... o disensos**

En los últimos años, el cuerpo de principios, reglas y estándares que componen el ámbito de los derechos humanos ha fijado con mayor claridad no sólo las obligaciones negativas del Estado sino también un cúmulo de obligaciones positivas. Esto significa que ha definido con mayor precisión no sólo aquello que el Estado no debe hacer, a fin de evitar violaciones, sino también aquello que debe hacer en orden a lograr la plena realización de los derechos civiles, políticos y también económicos, sociales y culturales<sup>13</sup>. 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 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

---

<sup>12</sup> Una versión preliminar de ese trabajo “*Dilemas en la resolución de la pobreza. El aporte del enfoque de derechos*” de Víctor Abramovich y Laura Pautassi fue presentado en las Jornadas: Justicia y Derechos Humanos: políticas públicas para la construcción de ciudadanía, en el marco del Seminario Taller: Los Derechos Humanos y las políticas públicas para enfrentar la pobreza y la desigualdad, organizado por UNESCO, Secretaría de Derechos Humanos y Universidad Nacional Tres de Febrero; Buenos Aires, 12 y 13 diciembre de 2006.

<sup>13</sup> Con esta nueva concepción, se supera la histórica tradición de conceptualizar a los derechos humanos como un medio para imponer límites a las formas abusivas de uso del poder por el Estado, un decálogo de aquellas conductas que el Estado no debería hacer. No torturar, no privar arbitrariamente de la vida, no discriminar, no entrometerse en la vida privada y familiar de las personas, Abramovich (2007).

particulares, sino también fijar un cuerpo de principios y estándares, con el propósito de incidir en la calidad de los procesos democráticos a través del fortalecimiento de los principales mecanismos domésticos de protección de derechos, tales como los sistemas de administración de justicia, los mecanismos de participación política y las instancias públicas de control horizontal, como oficinas electorales, defensorías, procuradores de derechos humanos, entre otras, y las áreas competentes de la administración pública que definen políticas con impacto en la vigencia de los derechos, en áreas de gobierno como la policía, los servicios penitenciarios, y las prestaciones sociales.

Asimismo cabe destacar los avances en materia de incorporar acciones transversales desde una perspectiva de género, que si bien aún son incipientes, significan una importante evolución en la visibilización de esta perspectiva. Pueden mencionarse, entre otros, las oficinas para el adelanto de la mujer, las comisiones tripartitas para la igualdad de oportunidades en el mundo del trabajo, el avance en derechos reproductivos y la discusión en torno a los sesgos de género en materia de acceso a la justicia<sup>14</sup>. En general, la mayoría de las evaluaciones en materia de equidad, rescatan la construcción de nuevos espacios de igualdad en coexistencia con tradicionales prácticas discriminatorias, destacando el valioso aporte de las experiencias exitosas en políticas de género para el conjunto de políticas públicas, las que además de profundizar en la búsqueda de la igualdad, constituyen nuevas formas de hacer política que favorecen la gobernabilidad<sup>15</sup>.

Este proceso de *globalización de estándares de derechos humanos*, si bien no ha alcanzado igual grado de desarrollo en toda la región y está sujeto en ocasiones a la precariedad de los sistemas de justicia, ha tenido una indudable incidencia positiva en la transformación de esos mismos sistemas y ha generado una mayor atención en las autoridades estatales a los principios y reglas que se fijan en el escenario interamericano. También ha favorecido este proceso la paulatina conformación de una burocracia estatal especializada en el manejo de estos temas, que suele incidir en algunos aspectos de la gestión pública, tales como oficinas y comisiones de derechos humanos, defensorías del pueblo y funcionarios especializados. Igualmente debe reconocerse aquí el valor de ciertas medidas de acción positiva que han tenido un importante impacto en diversos ámbitos, principalmente en términos de equidad de género, pueblos originarios, discapacitados.

Ahora bien, la incidencia del discurso de los derechos humanos no se limita al impacto de sus decisiones sobre la jurisprudencia de los tribunales locales. Otra vía importante para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática en los Estados, surge de su capacidad de incidir de manera directa en la orientación general de algunas políticas públicas, y en los procesos de formulación, implementación, evaluación y fiscalización de las mismas. Así, es común observar que las decisiones individuales adoptadas en un caso, suelen imponer a los Estados obligaciones de formular políticas para reparar la

---

<sup>14</sup> Sin embargo, aún persisten numerosas inequidades de género por resolver en todos los países de América Latina, las cuales se cruzan y potencian con las brechas de equidad sociales, raciales y étnicas. Al respecto véase el análisis de Daeren (2001) y Rico (2000) sobre los procesos de institucionalización de género en la región.

<sup>15</sup> En la mayoría de las Constituciones Políticas de los países de la región se incluye el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación, y en pocos casos se lo consagra expresamente en relación con la discriminación por género. Sin embargo, los mecanismos judiciales de exigibilidad de los derechos se caracterizan por su debilidad, por procedimientos inadecuados y con la presencia de jueces ajenos a las problemáticas de género, Birgin y Kohen (2006) y CIDH (2007a).

situación que da origen a la petición, e incluso establecen el deber de abordar los problemas estructurales que están en la raíz del conflicto analizado en ese caso, tal como ha sido analizado en el primer capítulo de éste libro.

En rigor, la imposición de estas obligaciones positivas es precedida por lo general del examen, bajo estándares jurídicos, de las políticas implementadas, o del comportamiento omisivo del Estado que ha provocado o favorecido una violación de derechos. Esas obligaciones pueden consistir en cambios de políticas existentes, reformas legales, acciones positivas, la implementación de procesos participativos para formular nuevas políticas públicas y muchas veces en la reversión de ciertos patrones de comportamiento que caracterizan el accionar de ciertas instituciones del Estado que promueven violaciones, por ejemplo violencia policial, abuso y tortura en las prisiones, aquiescencia del Estado frente a situaciones de violencia doméstica, desalojos masivos de poblaciones indígenas de sus tierras ancestrales<sup>16</sup>. Además, en el marco de los casos individuales el sistema promueve habitualmente procesos de solución amistosa o negociaciones entre los peticionarios y los Estados, en los cuales los Estados muchas veces se avienen a implantar esas reformas institucionales o crean mecanismos de consulta con la sociedad civil para la definición de políticas<sup>17</sup>.

En otros términos, la jurisprudencia y las interpretaciones de los órganos del SIDH, tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana, y sus puntos de vista sobre problemas de índole estructural que afectan la vigencia de los derechos humanos en la región, han incidido en importantes reformas<sup>18</sup>. Al mismo tiempo, ambos órganos se han convertido gradualmente en un escenario privilegiado de activismo de la sociedad civil, que ha desplegado estrategias innovadoras para aprovechar en el ámbito nacional la repercusión internacional de los casos y situaciones denunciadas en las denominadas estrategias de boomerang. Algunos actores sociales como dijimos, se han valido de este escenario internacional no sólo para denunciar violaciones y hacer visibles ciertas prácticas estatales cuestionadas, sino

---

<sup>16</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emite, asimismo, informes generales por países, donde analiza situaciones concretas de violaciones y realiza recomendaciones que orientan políticas estatales sobre la base de estándares jurídicos y puede emitir también informes temáticos que abarcan temas de interés regional o que conciernen a varios Estados. El enorme potencial que tienen estos informes se refleja en la fijación de estándares y principios, al mismo tiempo que relevan situaciones colectivas o problemas estructurales que pueden no estar debidamente reflejados en la agenda de los casos individuales. El proceso de elaboración de los informes temáticos permite a su vez a la Comisión dialogar con actores sociales locales e internacionales relevantes para esa temática, recabar la opinión de expertos, de agencias de cooperación, de los órganos políticos y técnicos de la OEA, e iniciar vínculos con los funcionarios encargados de generar en definitiva políticas en los campos analizados, Abramovich (2007).

<sup>17</sup> A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) puede emitir opiniones consultivas, que sirven para examinar problemas concretos más allá de los casos contenciosos, y fijar el alcance de las obligaciones estatales que emanan de la Convención y de otros tratados de derechos humanos aplicables en el ámbito regional, tales como la situación jurídica de los trabajadores migrantes, y los derechos humanos de niños y adolescentes. En ocasiones, en estas opiniones consultivas la Corte ha intentado fijar marcos jurídicos para el desarrollo de políticas, por ejemplo, de las políticas migratorias y de las políticas dirigidas a la infancia, Corte IDH, Opinión Consultiva N 17 y Opinión Consultiva N 18. Abramovich (2007).

<sup>18</sup> Se pueden mencionar la reformas en el funcionamiento y la accesibilidad de los sistemas de justicia, en la fijación de límites a las diversas formas de violencia estatal, en un mayor respeto de la libertad de expresión y el acceso a la información pública, en la derogación de normas discriminatorias de las mujeres, en el reconocimiento de los derechos de pueblos indígenas a sus tierras ancestrales y a la participación política, entre otras cuestiones medulares para las estrategias de desarrollo social en nuestros países (Mendez y Mariezcurrena, 2000).

también para alcanzar posiciones privilegiadas de diálogo con los gobiernos o con aliados al interior de éstos, y para revertir las relaciones de fuerza, alterar la dinámica de algunos procesos políticos. Ello en ocasiones ha facilitado la apertura de espacios de participación e incidencia social en la formulación e implementación de políticas, y en el desarrollo de reformas institucionales. Por lo demás han sido estas organizaciones de derechos humanos las que mayormente han incorporado los estándares legales fijados por el SIDH como parámetro para evaluar y fiscalizar acciones y políticas de los Estados y en ocasiones para impugnarlas ante los tribunales o ante la opinión pública, al como se ha analizado en algunos de los casos reseñados a lo largo de éste libro.

Es decir, más allá de los consensos, encontramos un sistema integral y estructurado que opera en términos de dar efectividad a las medidas comprometidas por los Estados y que además fija estándares específicos que son aplicables a los sistemas internos de cada uno de los países de la región. En rigor, nos encontramos ante un escenario en donde las políticas y estrategias de desarrollo, y el campo de la protección internacional de los derechos humanos se encuentran mirando en la misma dirección, al reconocer *una agenda prioritaria vinculada a los problemas derivados de la exclusión social*.

Por caso, la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) de Naciones Unidas, ha señalado en un trabajo reciente que “*la titularidad de los derechos debe guiar las políticas públicas. Se trata de orientar el desarrollo conforme al marco normativo de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, plasmado en acuerdos vinculantes, tanto nacionales como internacionales. Esto exige a su vez un contrato o pacto social que debe materializarse políticamente tanto en la legislación como en políticas públicas*” (CEPAL, 2006: 14). Agrega el trabajo que resulta fundamental contar con organismos del Estado que sean competentes política y técnicamente, “*a fin de que los derechos sean más exigibles, es decir que se garantice la existencia de mecanismos jurídicos y de política pública para que las personas puedan exigir la titularidad de sus derechos*” (CEPAL, 2006:14)

En rigor, hay consensos pero todavía no existen prácticas y estrategias que vinculen el marco de derechos con la aplicación de políticas y modelos económicos en la región. En tal sentido, existe una corriente hegemónica de pensamiento que considera que la exclusión y la pobreza son “efectos no deseados” de la implementación del modelo económico, y no consideran que precisamente constituyen una clara consecuencia de un largo proceso de ejecución de políticas económicas ortodoxas (Pautassi, 2006). A tal extremo se ha potenciado la inequidad distributiva, que incluso los defensores del mercado plantean la necesidad de “*prácticas complementarias de asignación de recursos*” para mitigar la feroz concentración de los ingresos, recomendando una serie de postulados, que se enrojan en el post-consenso de Washington, tal como fue analizado anteriormente. El nuevo “paquete” está integrado por medidas que buscan promover una vuelta al Estado, a partir de su fortalecimiento y una revisión de la asignación de bienes públicos, aumentando su capacidad recaudadora, incorporando el concepto de protección social en reemplazo de la seguridad social<sup>19</sup>, como también de la equidad de género y protección del medio ambiente.

---

<sup>19</sup> El término "seguridad social" significaba un paquete amplio de provisión, con un papel fuerte del Estado no solo en la provisión, sino también en la regulación y el financiamiento. Por el contrario, la idea de protección social significa un modelo mucho más restringido y marca el alejamiento de una actividad estatal tan amplia como esa, para acercarse a una en que las personas, las familias y las comunidades desempeñan un papel más activo (Pautassi, 2003).

Este aparente consenso muestra en rigor un profundo disenso, en tanto la definición de la pobreza, como sus causas, son fundamentales a los efectos de diseñar políticas para su superación, y si bien el consenso está puesto en pensar en derechos como vía superadora, el disenso se encuentra precisamente en las causas del fenómeno pero también en el contenido de los derechos recomendados y un desconocimiento de los estándares contenidos en cada derecho.

A su vez, y al igual que durante la primera “generación de reformas”, las mismas se implementan al margen de un debate público y participativo de la ciudadanía, la que no puede expresar sus demandas en torno a las políticas e instituciones reformadas, y a la vez produce efectos considerables en la población. En primer lugar, no sólo importa la calidad de miembro de la sociedad, sino cómo se disfruta de tal derecho. Por ello, la participación social es una forma indispensable de ejercer la ciudadanía, conformando un bien en sí mismo, que no depende de su ejercicio efectivo.

Otro ejemplo es que conceptos como derechos sociales, ciudadanía, gobernabilidad, género, justicia y el propio enfoque de derechos, están siendo selectivamente apropiados por las instituciones financieras internacionales, al punto de constituirse como los principales interlocutores y referentes en la materia. Hacemos referencia concretamente, a que el peligro, desde el punto de vista de la problemática de la consolidación democrática, radica precisamente en que quienes utilizan estos conceptos en forma parcializada, vaciándolos de significado, promueven nuevas formas de institucionalidad que nada tienen que ver con la garantía de los derechos. Esta advertencia es nuevamente aplicable al enfoque de derechos.

A fin de precisar el alcance del problema y definir con cierta claridad a los efectos de este trabajo, qué significa una agenda vinculada a la exclusión, y como superarla; es adecuado considerar que la pobreza, en todas las variantes que se postule, no es el único problema social sino una de las formas en que se expresan los problemas sociales. La pobreza suele presentarse conjuntamente –y muchas veces confundirse– con otras formas de privación de elementos esenciales para que las personas puedan desarrollarse de forma “normal” en la sociedad<sup>20</sup>. Por caso, las situaciones de marginalidad, de desempleo y de “exclusión social” que transitan grupos de individuos, a los cuales muchas veces se le suele atribuir relaciones transitivas entre los distintos conceptos: desempleo implicaría pobreza, pobreza sería sinónimo de exclusión social, exclusión social sería causa y efecto del desempleo, bajo nivel educativo sería otra causa de la pobreza<sup>21</sup>.

De este modo, en los últimos años cobró centralidad en el debate académico, como también en la arena política el concepto de “exclusión social” [*social exclusion*]. Sintéticamente, los ejes del debate se inscriben en que la exclusión es una consecuencia de la dinámica de desarrollo de las sociedades modernas, la cual se caracteriza por aislar, apartar, separar a gran parte de la población del sistema de relaciones sociales

---

<sup>20</sup> En relación con el concepto de exclusión social seguimos lo desarrollado en Lo Vuolo, Barbeito, Pautassi y Rodríguez Enriquez (1999).

<sup>21</sup> Las evidencias empíricas dan cuenta que estas relaciones no tienen un fundamento fáctico, tanto en los países centrales como en los en desarrollo; Lo Vuolo et al (1999).

consideradas “típicas”, descargando los costos de su desarrollo sobre los más subordinados<sup>22</sup>.

Numerosos son los trabajos y líneas desarrolladas en torno a la problemática de la exclusión. Lejos de pretender dar cuenta del mismo, presentamos algunas líneas desarrolladas en torno a la cuestión, que consideramos realizan un importante aporte para los puentes que buscamos tender entre derechos y estrategias de desarrollo.

## **2.1. El principal disenso: las causas y consecuencias de la exclusión social**

Atenuar las secuelas de la desigualdad social fue históricamente una de las funciones clásicas de la política social. En el desarrollo de los modernos estados de bienestar, particularmente en el caso de los europeos, aquellos que implementaron políticas sociales de corte universalista lograron atenuar el impacto social, y al mismo tiempo consolidaron una mayor institucionalidad democrática y consiguiente ejercicio de derechos para toda la ciudadanía. Por lo mismo, los ejemplos históricos disponibles en ésta dirección dan cuenta acerca del hecho que la protección (político social) material de los derechos democráticos de participación, es una condición previa indispensable para el ejercicio de estos derechos<sup>23</sup>.

Ahora bien si la generalización de las posibilidades de participación política fue considerada como una de las conquistas esenciales de la modernidad, cabe preguntarse ¿porqué se produjo el crecimiento de la exclusión social? ¿Cuándo emerge este concepto identificando el cúmulo de problemas sociales?

Atkinson (1998: 7-8), analizando la utilización frecuente del concepto de exclusión social reconoce la presencia de tres elementos que son recurrentes: relatividad; agencia y dinámica. El primer elemento intenta señalar que la exclusión se entiende como una situación que tiene coordenadas de tiempo y espacio y que no atañe a individuos aislados; la exclusión no se entiende observando sólo las circunstancias individuales sino que debe tomar en cuenta las actividades de los otros. El segundo elemento refiere a que la exclusión implica un acto, una acción donde están involucrados otros agentes y remite directamente a la idea de agencia, la que a su vez refiere a la idea de falta de responsabilidad individual de los excluidos con respecto a su situación personal. Finalmente, el elemento dinámico se refiere a la falta de perspectiva futura para el afectado por la exclusión y para las generaciones que lo sucedan.

El debate en la literatura francesa, parte precisamente por destacar que con la utilización del término exclusión, se da a entender que los afectados por los problemas sociales

---

<sup>22</sup> Esta situación ha dado paso a la denominada “nueva cuestión social” que a juicio de Rosanvallón la novedad radica en que los nuevos conflictos que estructuran a la sociedad ya no son únicamente de reparto, en una óptica de lucha de clases. En la actualidad se trataría de conflictos de “interpretación sobre el sentido de la justicia”. En gran medida, la discusión sobre la cuestión social se traslada al contenido, en las sociedades modernas, de la noción de justicia distributiva. Para ello, pone énfasis en la inserción por el trabajo debe seguir siendo la piedra angular de toda lucha contra la exclusión. No se trata de asistir, sino de otorgar empleo para que de esta forma los individuos se sientan que ocupan un lugar en la sociedad. (Rosanvallón, 1995: 122).

<sup>23</sup> Autores como Vobruba (1998) analizan los efectos de la globalización en materia de política social, sintetizando el debate social y político según el cual la globalización afecta en creciente medida el margen de acción de los Estados, y en particular hace imposible una política social a nivel nacional.

están “fuera” de la sociedad, cuando la realidad es que su situación se explica principalmente porque son alcanzados por la dinámica social. Además, se entiende que de esta forma se puede construir una imagen (considerada falsa) que representa a la sociedad dividida en dos polos, como así también que sólo existiría un atributo que marcaría la línea divisoria. Por el contrario, las divisiones sociales son más difusas y también son variados los atributos que definen la situación de cada persona. En base a estos argumentos se propone que, en lugar de pensar en una fuerza expulsora que excluye, el problema debería pensarse como un reflejo centrífugo y se propone el concepto de “inserción social” [*insertion sociale*]. Con sus imprecisiones este concepto pretende dar cuenta de situaciones de carencia, cuya responsabilidad de ningún modo puede atribuirse a los afectados<sup>24</sup>. No se trata de asistencia (que se derivaría de la noción de exclusión social) sino de buscar la reinserción de las personas en un régimen común con los demás miembros de la sociedad (Castel, 1997: 430).

La inserción social, constituye de esta forma un registro original de existencia, cierta forma de “socialización secundaria” que tiene que ver con la participación de las personas en una relación social intermediada por instituciones sociales, diferentes a la del empleo remunerado. No es seguro que a partir de la inserción social se llegue a la plena integración o inserción profesional<sup>25</sup>, sino que se trata de una figura institucional que pretende ocuparse de aquellos que son válidos pero que son “temporalmente inválidos”. El problema es si ese registro novedoso deviene una “etapa” en la vida de las personas o un “estado” más permanente, una transición hacia una integración social plena o un modo diferente de inserción social (Castel: 1997, 432). Los programas focalizados y transitorios de empleo aplicados en América Latina en la última década dan cuenta de este tipo de relaciones, en donde se ha perpetrado la idea de “temporalmente inválidos” para pasar a ser encasillados en la idea de “beneficiarios”, los que han rotado indefinidamente en diversos programas de este tipo.

Nuevamente para esta corriente, la noción de inserción social sería más adecuada que la de exclusión social porque pone el acento en la necesidad de colocar a los afectados por las carencias en una situación de “normalidad” y de “relaciones típicas” y no sólo de asistirlos para mitigar los efectos de sus privaciones. Como la situación de “normalidad” sigue siendo la inserción a través del empleo remunerado, la forma de instrumentar la inserción social es necesariamente por ésta vía<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Por ejemplo, no se puede culpabilizar a los afectados de una situación de desempleo que no han elegido al mismo tiempo si no logran la “inserción” en el mercado de empleo remunerado es precisamente porque el modo de organización económica y social no se los permite, Lo Vuolo et al (1999).

<sup>25</sup> La idea de “inserción profesional” alude a ocupar un lugar “pleno” en la sociedad como participante de la relación social fundamental: el empleo, con sus garantías y servidumbres; Castel (1997).

<sup>26</sup> Si bien es claro que se trata de revalorizar el derecho de los individuos a sentirse “socialmente útiles”, cabe destacar que no necesariamente la utilidad social pasa por ocupar un empleo remunerado. Por caso, Rosanvallon señala que la cuestión social es nueva e insiste en que la clave para resolverla es continuar con una sociedad organizada conforme al mérito del empleo remunerado que, por cierto, es la forma en que se organizaba y resolvía la “vieja” cuestión social. Esto es más confuso cuando, al mismo tiempo, propone que el problema no está en el conflicto entre capital y trabajo. Sin embargo, gran parte de los problemas de empleo en las sociedades modernas se deben precisamente a ese conflicto, tanto en lo que refiere a las relaciones técnicas de producción más flexibles y ahorradoras de empleo, como a la distribución del valor agregado en la producción. Por su parte Castel (1997) sostiene, en base a su estudio del caso de Francia, que más que una nueva cuestión social, se está en presencia de una “metamorfosis” de la misma problematización que en el pasado.

En otros términos, las instituciones de la ciudadanía ofrecen la posibilidad de una solución racional a los problemas del capitalismo, pero existe una incompatibilidad fundamental entre los “títulos de derecho” [*entitlements*] de la ciudadanía democrática y los requerimientos económicos de las sociedades modernas. Esta tensión se refleja en la relación existente entre derechos y obligaciones<sup>27</sup>.

Y en este afán, no se han ahorrado esfuerzos para difundir un *ideal abstracto*, coherente con las políticas implementadas en América Latina durante los noventa bajo la impronta de los designios neoliberales, que incluye un individuo, libre por excelencia, con capacidad para conocer sus posibilidades de incorporarse al mercado de empleo remunerado de acuerdo con sus capacidades y expectativas, de hacer elecciones racionales, tanto en términos de su vida cotidiana, como también en materia de cobertura de contingencias sociales. Así este ciudadano o ciudadana ideal, estarían dotados de suficientes atributos como para seleccionar el tipo de cobertura para su vejez, a partir de una opción entre régimen público de reparto o capitalización individual bajo administración privada, como también puede seleccionar la educación es más conveniente para sus hijos y para si mismo y que sistema de salud resulta más apropiado.

En el otro extremo de este “ideal” se encuentran aquellos que no han sabido elegir o no han podido –por ausencia de capacidades según dicha argumentación- el curso de vida señalado, y por lo tanto son pasibles de *asistencia por parte del Estado*. Es precisamente para este grupo “no ideal”, que está reservada la política social asistencial y donde se concentran la mayoría de los y las excluidas. Se trata de aquellos que tienen un empleo precario, que no aportan a la seguridad social como consecuencia de la no registración de su contrato de trabajo, incluye además a los desocupados/as, los y las inactivos y a las mujeres que dedican su tiempo y energía al trabajo reproductivo.

En uno u otro caso, a pesar de hablar de un nuevo consenso, se perpetúa la idea que la dificultad de inserción laboral –el modelo ideal- es una *responsabilidad individual*. Así, se trataría simplemente de mejorar la competitividad de la mano de obra, a través de aumento de calificaciones personales, utilizar la intermediación de las instituciones públicas y privadas, para de este modo insertarse en el mercado de empleo remunerado y a partir de ello gozar de los “beneficios” de la “plenitud laboral”. Este argumento es claramente inaceptable y existe en toda América Latina evidencia empírica que demuestra precisamente lo contrario.

En otros términos, el eje de las estrategias actuales en políticas sociales parte por fortalecer el mercado de empleo remunerado sin considerar la imposibilidad de promover un reparto equitativo de las opciones de empleos remunerados plenos. Por lo mismo, se fortalece un ideal ligado al de trabajador asalariado, dividiendo a los “otros” quienes no cumplen con éste patrón, agrupándolos en estrategias focalizadas y asistenciales. En términos de lenguaje de derechos, para los “ideales” hay reglas, normas y particularmente derechos, en cambio para los “otros” solo hay programas, beneficios y “beneficiarios”.

---

<sup>27</sup> Habermas (1994: 32) señala que en Europa, la ciudadanía ha quedado muy lejos de ser una lucha de clases, sino que es el producto de otro tipo de fenómenos como las migraciones, las guerras, el desempleo, que sitúan la discusión con relación a los alcances de la inclusión de nuevos grupos y el impacto dentro de la movilidad social. El autor enfatiza que ésta situación no es ajena al conflicto, lo que ha cambiado es el tenor del mismo.

Trazada esta línea divisoria, entre “incluidos y excluidos”, entre “normales y con dificultades” se canaliza el actual debate, y consiguientes líneas de políticas, dejando en un segundo lugar el análisis de los problemas derivados de la exclusión, los que se reflejan en múltiples formas que abarcan la pobreza y la indigencia, pero también otras situaciones sociales, como la degradación de algunas prácticas institucionales y el deficiente funcionamiento de los Estados democráticos, lo que produce nuevas formas de vulneración de los derechos humanos, muchas veces emparentadas con las prácticas de los Estados autoritarios de décadas pasadas. No se trata de Estados que se organizan para violar sistemáticamente derechos, ni que planifican en sus esferas superiores acciones deliberadas para vulnerarlos, sino de Estados con autoridades electas legítimamente, que no son capaces de revertir e impedir prácticas arbitrarias de sus propios agentes, ni de asegurar mecanismos efectivos de responsabilidad por sus actos, como consecuencia del precario funcionamiento de sus sistemas de justicia (Pinheiro, 2002). La paradoja se encuentra a la vez, en que estos efectos de la exclusión se han traducido también en una pérdida de confianza de la población en las instituciones democráticas y en una frustración generalizada por los resultados de las políticas públicas, no solo en términos de bienestar sino también en términos de equidad.

Los sectores sociales bajo condiciones estructurales de desigualdad y exclusión son las víctimas principales de este déficit institucional que afecta derechos políticos, sociales y civiles. Ello se observa en conflictos que ocupan la agenda de derechos humanos en América Latina: la violencia policial, el hacinamiento y la tortura en los sistemas carcelarios, cuyas víctimas predilectas son los jóvenes de sectores populares; las prácticas generalizadas de violencia doméstica contra las mujeres, que llegan al extremo de concretarse homicidios agravados, y son toleradas por las autoridades estatales; la privación de la tierra y de la participación política de las comunidades indígenas; la discriminación de la población afrodescendiente en el acceso a la educación y a la justicia; el abuso de las burocracias contra los inmigrantes indocumentados; los desplazamientos masivos de población rural en el contexto de la violencia política.

En este sentido, son escasos los análisis que vinculan cómo la implementación de este tipo de políticas se transformó rápidamente en una suerte de “*perfeccionismo estatal*” moderado identificando como “*forma superior de vida*” el marco provisto por los designios neoliberales -particularmente por el esperado efecto derrame- para convertirlos en metas para realizar en la vida política<sup>28</sup>.

Sin embargo, debe destacarse que en este consenso en términos de la necesidad de incorporar en la agenda la exclusión social como prioritaria, debe considerarse no solo la pertinencia de la descripción de los factores que contribuyen en ella sino las consecuencias que puede tener en términos de política pública. Precisando, una derivación inmediata del énfasis colocado en la multiplicidad de factores que explican la pobreza y la exclusión, es la desvalorización del factor económico en la solución del

---

<sup>28</sup> El *perfeccionismo* estatal es aquella concepción filosófica que considera como misión legítima del Estado lograr que los individuos acepten y materialicen ideales válidos de virtud personal. Aseguran que el Estado no puede permanecer neutral en relación con aquellas concepciones respecto de lo que resulta bueno, debiendo adoptar para ello, las consiguientes medidas educativas, punitivas, que sean necesarias para que los individuos ajusten su vida a los verdaderos ideales de la virtud y el bien. El perfeccionismo se distingue del *paternalismo jurídico o estatal*, que consiste en imponer a los individuos conductas o cursos de acción que son aptos para que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han elegido libremente. En otros términos, es la intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a si misma (Garzón Valdez, 1988).

problema. Esta conclusión, que marca un disenso entre la visión de la perspectiva de derechos y las recomendaciones de los organismos de asistencia crediticia, como también de algunos gobiernos de la región, puede servir para sostener el argumento que no es en la política económica donde hay que buscar las salidas de la pobreza sino en una mejor organización comunitaria, en mejores canales de participación, en mayor educación o en propuestas dirigidas a fortalecer el capital social. Si bien acordamos que estas variables son importantísimas, sostenemos que previo a impulsar políticas en ésta dirección, es recomendable jerarquizar los ejes de una estrategia de desarrollo.

En rigor, a pesar de contar con diversas y muchas veces contrapuestas interpretaciones sobre el significado y alcance de la exclusión social, se sigue considerando como única alternativa que la salida de la exclusión está en el empleo remunerado. Esta lectura acota irrazonablemente el problema, y no permite definir que sucede en aquella zona gris que ocupan las personas que no pueden ingresar al mercado de empleo remunerado, o por diversas situaciones no pueden sostener una trayectoria en el mismo<sup>29</sup>.

Asimismo el hecho de focalizar la “solución” al problema de la exclusión deja de lado situaciones que padecen las personas insertas en un empleo o una ocupación pero que no necesariamente están incluidas en las sociedades en que viven. A modo de ejemplo, la presencia de estructuras que discriminan por género e impiden el acceso a las mujeres a los puestos de conducción debería considerarse como un indicador de exclusión. En éste caso se dispone de un ingreso, pero no se garantizan mecanismos que respeten el principio de igualdad de oportunidades en el mundo del trabajo. Entonces ¿bajo que parámetros se estaría promoviendo procesos de inclusión social?

### **3. Acera de los Dilemas...**

A esta altura del análisis cabe preguntarse en el marco del consenso que se ha creado en torno al enfoque de derechos y la interrelación con el sistema de derechos humanos, ¿porqué no se aplican políticas en esta dirección?<sup>30</sup>. Si bien son muchas las respuestas posibles, en el marco de posiciones ideológicas determinantes asumidas por las coaliciones gobernantes en la región, es necesario indagar acerca de qué elementos explican la inserción diferencial de ciudadanos y ciudadanas en los diversos ámbitos de bienestar y participación social y cuáles otros explican la exclusión de otros grandes grupos de población en términos de derechos sociales, inserción y ciudadanía.

Para ello consideramos que resulta importante detenerse en lo que estas experiencias tienen de común y de diferente. ¿Por qué? Porque la lucha por la inclusión y el reconocimiento se da en un contexto donde persiste una extrema inequidad material, por

---

<sup>29</sup> Allí cobra fuerza el enfoque de las capacidades desarrollado por Sen (1985), que define a la pobreza como la ausencia o realización inadecuada de ciertas libertades básicas (tales como la libertad de evitar el hambre, la enfermedad, el analfabetismo), otorgando parte de la responsabilidad a la falta de manejo sobre los recursos necesarios para el desarrollo de estas capacidades. Así, considera que las oportunidades de vida de las personas se refieren a su capacidad para desenvolverse (funcionar) dentro del sistema social que le toca vivir, es decir lo que una persona puede “hacer” [*can do*] o puede “ser” [*can be*]. La capacidad refleja la libertad para escoger entre diferentes maneras de vivir, resultando el acceso a determinados bienes sociales un aspecto clave en dicha elección.

<sup>30</sup> Hasta la fecha, el único país de la región que ha comenzado con un proceso de implementación del enfoque de derechos es Ecuador, que presentó su Plan Nacional de Desarrollo (2007-2010) donde explícitamente se incorpora el enfoque de derechos, ver SENPLADES (2007).

lo que además de plantearse la búsqueda de la igualdad de oportunidades –no solo entre varones y mujeres sino entre distintos grupos sociales- en el acceso a los bienes económicos y sociales, debe también plantearse en forma paralela los problemas de redistribución en un sentido más amplio.

La cuestión pasaría entonces, por encontrar aquellas explicaciones y acciones que den cuenta tanto de las inequidades culturales de reconocimiento (por caso, reconocer las diferencias de género, de etnia) como de las injusticias sociales (por caso, el aumento de la inseguridad socioeconómica del trabajo). Esto es lo que Fraser (1997) denomina el dilema del reconocimiento-redistribución [*redistribution-recognition dilemma*].

¿Cómo se sintetiza este dilema? En principio, y siempre de manera estilizada, podrían identificarse dos tipos de injusticias. Por un lado, la injusticia socioeconómica, determinada por la estructura político-económica de la sociedad. Esto incluye, por ejemplo, la explotación (ver el fruto del trabajo propio ser apropiado en beneficio de otro), la marginalización económica (ser confinado a trabajos indeseables o de muy baja remuneración) o la privación (ver negado el acceso a un adecuado estándar material de vida). Por otro lado se encuentra la injusticia cultural o simbólica, que encuentra sus raíces en los patrones de representación, interpretación y comunicación. Esto incluye, por ejemplo, la dominación cultural (ser sometido a pautas culturales que son ajenas) y la falta de reconocimiento (resultar invisible a la luz de las prácticas autorizantes de la propia cultura). Allí propone la autora un enfoque alternativo que consiste en tratar al reconocimiento como una cuestión de status social, considerando que no es la identidad de grupo en sí misma lo que precisa de reconocimiento sino el status de cada uno de los miembros del grupo como participantes plenos de la interacción social. La falta de reconocimiento no necesariamente puede significar desprecio, sino subordinación social, en tanto implica la imposibilidad de participar como igual en la vida social<sup>31</sup>.

El remedio para la injusticia económica estaría en la reestructuración económico-política, que puede englobarse en el término genérico de “redistribución”. Por ejemplo, la redistribución del ingreso, la reorganización de la división del trabajo, o la transformación de otras estructuras económicas. El remedio para la injusticia cultural, que puede englobarse en el rótulo general de “reconocimiento” sería el cambio simbólico o cultural de algún tipo, por ejemplo, reevaluar las identidades de grupo o los productos culturales de las minorías. El dilema se produce cuando ciertas luchas por el reconocimiento tienden a profundizar las diferencias mientras las luchas por la redistribución tienden a proponer la homogeneización, y ambas se dan en un mismo colectivo. Ese sería el caso paradigmático del género.

¿Cómo se aplica este razonamiento al fenómeno de la pobreza y la exclusión social? Pues bien, existe un componente que se relaciona fundamentalmente con la justicia distributiva y refiere a la división en el acceso a empleos remunerados, discriminando entre los trabajos mejor pagos, más calificados, relacionados fundamentalmente con el

---

<sup>31</sup>El reconocimiento como una cuestión de status implica analizar los modelos de valor cultural institucionalizados en la medida que afectan la posición de los actores sociales. Si estos modelos conforman a los actores como iguales, capaces de participar de igual manera en la vida social, existe un reconocimiento recíproco e igualdad de status. Por el contrario, cuando estos modelos consideran a determinados actores como inferiores, invisibles o excluidos, se está ante la subordinación de status. Esto es, la falta de reconocimiento constituye una relación institucionalizada de subordinación social (Fraser, 2000: 61).

nivel educativo y los trabajos peor remunerados, de baja calificación y productividad, sin acceso a la seguridad social.

Esta tensión se relaciona con el otro componente y se vincula con una diferenciación que encuentra su raíz en valores culturales y de la propia subordinación de status. Una de las demostraciones más explícitas de injusticia desde este punto de vista es el androcentrismo, es decir, la construcción de normas que privilegian los rasgos masculinos y devalúan todo aquello asociado con lo “femenino”. Por lo tanto, la búsqueda de equidad en un contexto de expansión de la vulnerabilidad laboral, donde hay grupos de “oferentes” relativamente más vulnerables que otros, aunque potencialmente igualmente productivos, requiere, por un lado la modificación de la economía de manera de eliminar su estructuración y por otro lado, transformaciones culturales (así como su expresión legal y práctica) para recomponer la valorización.

En otros términos, los Estados deben avanzar hacia la implementación de políticas y estrategias que permitan ingresar en el campo de desarrollo de una ciudadanía más sustantiva (Fraser, 2000). Y allí es donde consideramos que el enfoque de derechos presenta criterios explícitos para evaluar la compatibilidad de la política social con estándares legales que a su vez sirvan como vínculo necesario con la política económica.

#### **4. Abriendo puertas. Interrelaciones entre estándares de derechos humanos y políticas sociales**

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

Más allá de que los diversos marcos conceptuales sobre el enfoque de derechos parten de variados fundamentos políticos y filosóficos, e incluso difieren a veces en las definiciones de pobreza, comparten *la idea de que las situaciones de pobreza determinan la privación de algunas libertades básicas*, tanto positivas como negativas, tales como la libertad de evitar el hambre, la enfermedad, el analfabetismo; y que la pobreza depende tanto de factores económicos como de condicionantes culturales, sociales, legales y políticos. Si bien la pobreza está relacionada con la insuficiente disposición de recursos económicos, entre ellos los ingresos personales por ejemplo, ello no entraña forzosamente la primacía de factores económicos como causantes de la pobreza. Ciertas prácticas culturales, así como marcos políticos y jurídicos que facilitan o promueven la discriminación contra grupos particulares, como los indígenas o

minorías étnicas, actúan como mecanismos de exclusión social que causan o contribuyen a causar pobreza en la línea de la subordinación de status mencionada<sup>32</sup>. 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 crisis alimentarias, sin demandar respuestas al gobierno o activar mecanismos de responsabilidad social o política.

Otros derechos resultan instrumentales por facilitar procesos sociales de consulta y evaluación, indispensables para la definición de cualquier política o estrategia de reducción de la pobreza, tales como los derechos de participación, de información, de asociación o reunión. La última forma en que ciertos derechos pueden ser pertinentes para las estrategias es cuando pueden actuar como una restricción o limitación de los tipos de actuación permisibles. Así por ejemplo, aunque es totalmente razonable que un país muy poblado pero con escasos recursos quisiera adoptar medidas de control demográfico, como parte de una estrategia para reducir la pobreza, no sería admisible que adoptara medidas como la esterilización forzosa, pues estas medidas violan la integridad física y la intimidad de las personas. De tal modo, ciertos derechos cuyo incumplimiento no es en sí constitutivo de la pobreza, y cuya promoción puede no tener valor instrumental para las estrategias de desarrollo y reducción de la pobreza, pueden, no obstante, tener alguna relación con la orientación de las políticas al excluir ciertas opciones de actuación estatal que se consideran legalmente prohibidas.

Un punto común en los diferentes marcos conceptuales es la adopción del principio *de interdependencia* entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, aunque ciertamente no todos los marcos ponen el mismo énfasis en las diferentes categorías de derechos. Los derechos a considerar y las prioridades se

---

<sup>32</sup> Ver en tal sentido Hunt, Nowak, and Osmani (2004: capítulo 1). En igual sentido, la CIDH: “La pobreza extrema constituye una violación generalizada a todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como sociales, económicos y culturales. Los requerimientos del derecho humano a una vida digna trascienden los contenidos igualmente fundamentales del derecho a no ser ejecutado arbitrariamente, del derecho a la integridad personal, del derecho a la libertad personal, de los derechos relacionados con la democracia representativa y de los demás derechos civiles y políticos. Además de destinar recursos públicos por un monto suficiente para los derechos sociales y económicos, los Estados deben velar por un uso apropiado de esos recursos. La experiencia demuestra que la pobreza extrema puede afectar seriamente la institucionalidad democrática, pues constituye una desnaturalización de la democracia y hace ilusoria la participación ciudadana, el acceso a la justicia y el disfrute efectivo, en general, de los derechos humanos” (CIDH; 2000 cap. V : 17).

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.

Nuevamente no existe una única “receta” para el modelo de desarrollo, pero si existe un mínimo irrenunciable y obligatorio de derechos a ser incorporados en dicha estrategia. De igual manera, *solo con políticas de corte universal se garantizan mínimos comunes irrenunciables, que a la vez promueven mejores garantías de igualdad y no discriminación.*

Contribuye a esta visión la consideración de un núcleo de obligaciones negativas y positivas comunes a todas las categorías de derechos, que se agrupan bajo tres niveles de obligaciones: de respetar, de proteger y de cumplir. Los marcos conceptuales parten de definir con mayor o menor detalle las principales obligaciones que derivan de los derechos seleccionados como pertinentes en esa estrategia y fijan a partir de estas obligaciones posibles *metas e indicadores* de desarrollo, pero sólo como referencia de las metas e indicadores que deberían fijarse en cada proceso participativo a nivel local.

Algunas críticas a la posibilidad de asumir una lógica de derechos humanos en las políticas de desarrollo, ponen el acento en cuestionar la ambigüedad o falta de claridad sobre el contenido de las obligaciones que emanan de los derechos económicos, sociales y culturales. Discuten también que pueda asignárseles el mismo grado de exigibilidad o un grado de exigibilidad equiparable a los derechos civiles y políticos (Overseas Development Institute, 1999). También plantean que una mirada de derechos de las políticas públicas puede resultar en ocasiones demasiado rígida y en consecuencia puede acotar inconvenientemente la discrecionalidad de los decisores al momento de formular estrategias de desarrollo. Si bien retomaremos esta cuestión, diremos preliminarmente que existe un punto robusto 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 avances suficientemente coherentes, ni en el derecho internacional, ni en el derecho constitucional.

Los partidarios del enfoque de derechos entienden que el cambio de perspectiva no implica modificaciones drásticas o abruptas en las prácticas que las agencias de cooperación y los decisores de políticas vienen realizando en los últimos años, pues rescatan los puntos de encuentro y sinergia entre el campo del desarrollo y el campo de los derechos humanos. Sostienen que las obligaciones que imponen los tratados de derechos humanos no son exorbitantes, ni le restan espacio a las políticas, sino que refieren tan sólo a aquellas acciones mínimas que el Estado tiene el deber de realizar. *El lenguaje de los derechos, señalan, no nos dice mucho acerca del contenido de las políticas, pero si puede decirnos algunas cosas sobre su orientación general y nos brinda un marco de conceptos que debe guiar el proceso para su formulación, su implementación y su evaluación.*

Su principal aporte a las estrategias de desarrollo y al proceso de formulación de políticas sociales, reside en la vinculación de los derechos con la “entrega de poder” a los sectores empobrecidos y el fortalecimiento de los mecanismos de responsabilidad a partir del uso de la “infraestructura institucional” internacional y nacional que sostiene el campo de los derechos humanos. Consideran además que los tratados de derechos humanos y su interpretación por los órganos internacionales brindan un marco explícito, claro, reconocido por todos los países y además con una fuerte legitimidad social y

política, que indudablemente mejorará el grado de eficacia de las estrategias de desarrollo, así como la posibilidad de articulación de actores estatales y no estatales en el escenario local, nacional e internacional.

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

Sin embargo y en relación con el dilema del reconocimiento-redistribución, la perspectiva de derechos estaría fortaleciendo un marco que respalda no solo la identidad sino los mecanismos de exigibilidad, los que ponen un interesante coto a la promoción de la subordinación de status. A su vez, la presencia de obligaciones exigibles a los Estados da cuenta de un avance en la redistribución, que sin duda lejos está de resolver el dilema, pero si aporta al menos, un modelo institucionalizado de conducta a adoptar por parte de los Estados.

## **5. Una segunda puerta: derechos, autonomía y exigibilidad**

Para operacionalizar el enfoque de derechos humanos, tanto en relación con el ámbito del desarrollo y de las políticas económicas y sociales, todas las políticas e instituciones que tienen por finalidad impulsar estrategias en esa dirección, deben basarse explícitamente en las normas y principios establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos.

Tal como establece el artículo 5 de la Declaración de Viena adoptada en la Conferencia de Derechos Humanos en 1993 “*Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales*”.

Lo establecido en el citado instrumento, refiere a la responsabilidad que le compete al Estado en la promoción de la igualdad real, tanto a nivel del diseño de políticas públicas y como también en la promoción de instancias de cambio cultural para consolidar la igualdad entre mujeres y hombres en todos los niveles. Es precisamente en materia del principio de igualdad y no discriminación, que de acuerdo a lo establecido en la Convención Internacional contra la Discriminación de la Mujer (CEDAW) cada estado parte es responsable de asegurar el goce de los derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna, debiendo adoptar todas las medidas que sean necesarias, incluida la prohibición de la discriminación por razón de sexo, para poner término a los

actos discriminatorios que obstan al pleno disfrute de los derechos, tanto en el sector público como en el privado<sup>33</sup>.

En las estrategias de desarrollo y de reducción de la pobreza se ha reconocido ampliamente la importancia de dotar de poder a los sectores pobres y excluidos. El enfoque de derechos humanos apunta esencialmente a ese otorgamiento de poder por la vía del reconocimiento de derechos. Una vez introducido este concepto en el contexto de la adopción de políticas, el punto de partida utilizado para la formulación de una política no consiste en reconocer la existencia de ciertos sectores sociales que tienen necesidades no cubiertas, sino fundamentalmente la existencia de personas que tienen derechos que pueden exigir o demandar, esto es, atribuciones que dan origen a obligaciones jurídicas de parte de otros y por consiguiente al establecimiento de mecanismos de tutela, garantía o responsabilidad.

Se procura de este modo 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 comportamientos (Alsop y Norton, 2004). En el lenguaje de América Latina, se trata de no seguir promoviendo la inclusión de “beneficiarios” en programas focalizados, sino considerar a personas titulares de derecho con acceso a un sistema de seguridad social.

Antes de adentrarnos en la discusión específica sobre el sentido y alcance de un enfoque de derechos, es útil preguntarse previamente qué significa tener un derecho y cuáles son las principales implicaciones del uso del lenguaje de los derechos en el campo de las políticas de desarrollo y reducción de pobreza. Aunque el lenguaje de los derechos tiene de por sí un valor ético y político y puede servir para fortalecer las demandas sociales frente a situaciones de inequidad, sus implicancias concretas en las relaciones sociales no siempre se consideran adecuadamente. El riesgo puede ser la utilización de una retórica de los derechos que luego no logre satisfacer las mínimas expectativas que este concepto puede legítimamente ocasionar. En éste último caso, es interesante ver el caso del Plan Jefes y Jefas de Hogar descrito en el capítulo segundo de éste libro.

Uno de los rasgos que caracteriza a un derecho es la posibilidad de dirigir un reclamo ante una autoridad independiente del obligado –habitualmente, un juez– para que haga cumplir la 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.

---

<sup>33</sup> A partir de allí se promovieron modificaciones constitucionales y legislativas que sirvieron para avanzar en el reconocimiento de los derechos de otros sectores sociales como los pueblos originarios o grupos discriminados por su opción sexual. En ese sentido, los alcances de la CEDAW trascienden el ámbito específico de la igualdad de género para convertirse en un hito en la reelaboración del concepto de discriminación, lo que beneficia en forma universal a muchos grupos humanos. Ha servido también para promover la rendición de cuentas por parte de los Estados y, de esa manera, institucionalizar una práctica de transparencia en la gestión pública que permite, incluso a las organizaciones de la sociedad civil, elaborar informes alternativos a los oficiales; (Montaño, 2006).

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

Es interesante analizar esta cuestión respecto a los derechos económicos, sociales y culturales y sus técnicas de garantía o protección, pues habitualmente se objeta su reconocimiento como derechos precisamente con el argumento de que plantear ciertas cuestiones sociales en el plano jurídico, puede restarle espacio a la política, constriñendo a los Estados en el margen de acción para adoptar estrategias efectivas de mitigación de la pobreza y de impulso del desarrollo. En otros términos y según argumentaremos en lo que sigue, resulta fundamental para un enfoque de derechos partir del reconocimiento de esta relación directa entre el derecho, la obligación correlativa y la garantía, pues ella tendrá sin duda impacto en la fijación de un marco conceptual para el desarrollo de políticas públicas y en los mecanismos de rendición de cuentas o responsabilidad, que puedan considerarse compatibles con la noción de derechos. En definitiva, el lenguaje de derechos exige identificar algún tipo de mecanismo de seguimiento y responsabilidad que involucre a los actores del proceso de definición de políticas, tal como fue reseñado en muchos de los casos judiciales analizados en este libro<sup>34</sup>.

Asimismo resulta conexo con los anteriores principios, la específica consideración del principio de participación en toda su extensión, en tanto resulta clave en las estrategias y políticas de desarrollo, al mismo tiempo que resulta un método para identificar necesidades y prioridades a nivel local o comunitario. Este principio medular de participación puede ser precisado por su vinculación con el ejercicio de determinados derechos civiles y políticos, y en especial con las definiciones sobre el contenido y alcance de algunos de estos derechos en las instancias de protección internacional de derechos humanos. Existen además algunos derechos concretos de participación y consulta en los procesos de decisión de políticas públicas sociales que están directamente definidos en normas internacionales o constitucionales.

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

---

<sup>34</sup> Es interesante en tal sentido seguir el debate acerca de la posibilidad de leer y exigir el cumplimiento de las metas del milenio (ODM) de Naciones Unidas, 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 *The Millennium Development Goals and Human Rights* (2003).

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 limpias (O’Donell, 2000). Requiere fundamentalmente la posibilidad de ejercer algunos otros derechos que actúan en cierto modo como una condición previa para que un proceso democrático funcione con cierta regularidad, tales como el derecho de asociación, de reunión, la libertad sindical, la libertad de expresión y el derecho de acceder a la información, entre otros. La posibilidad real de ejercer estos derechos determinará la posibilidad de los sectores más pobres de incidir en los procesos políticos y en la orientación de las decisiones del gobierno, pero estará a su vez condicionada o limitada por el grado en el que puedan ejercer sus derechos económicos, sociales y culturales.

Si nos interrogamos acerca de las razones por las que muchas veces los titulares de derechos no pueden acceder al cúmulo de obligaciones y garantías que incluye el conjunto de garantías ciudadanas. Nos referimos explícitamente a los bajos o nulos índices de participación de los grupos excluidos, especialmente los y las pobres, los y las indígenas, los y las desempleados, entre otros.

Es usual encontrar como respuesta al interrogante de la baja participación y la dificultad de empoderarse (*empowerment*) de estos grupos, en un consenso que identifica como problema el desconocimiento de la existencia de derechos pero también como consecuencia de un débil posicionamiento de estos titulares en el conjunto de la sociedad. Esto es, no reclaman ni pueden ser autónomos porque desconocen la idea de sujeto portador de derechos.

Ahora bien nada se dice sobre la oferta de “empoderamiento” y de mecanismos institucionales que logren sortear esta suerte de demanda ciudadana ausente en estos grupos. Allí salvo determinados mecanismos como las acciones positivas u otras de discriminación inversa, no se encuentra un conjunto de medidas que otorgue titularidad a estos ciudadanos y ciudadanas. En rigor, estamos ante la presencia no de un “dilema de la pobreza” sino claramente de un falso dilema, en tanto, nunca se previó en el diseño ni en los valores que motivaron las políticas públicas el impulso de acciones hacia estos grupos de la población. A ello contribuyeron fuertemente la dinámica de los procesos de reforma en la región, que asumieron a estos grupos como los “perdedores” del proceso, incapaces de ser incorporados en el conjunto de la sociedad y por lo tanto no se buscó fomentar su autonomía. A su vez, los programas focalizados asistenciales fueron funcionales para ello.

En forma similar, los programas y políticas ciegas al género actúan en la misma dirección<sup>35</sup>. Así esta formulación no cuestiona la división sexual del trabajo y apuesta a la mayor productividad del trabajo doméstico a fin de facilitar el trabajo remunerado de las mujeres. Tampoco se analiza las situaciones de segregación y discriminación que padecen las mujeres en el mercado de empleo productivo, sino que además se ubica la causa de las desigualdades y de la subordinación de las mujeres en su situación de

---

<sup>35</sup> En estos casos, la ceguera al género de las políticas surge no tanto de ignorar a las mujeres en el diseño de las políticas sino en abstraerlas del contexto social de sus vidas; Kabeer (1998). La usual referencia a políticas neutrales es falsa, en tanto no existe neutralidad en términos de género en ninguna política pública.

pobreza y no en las relaciones sociales de clase y de género que caracterizan a los países de la región (Pautassi, 2007).

Cabe destacar que las políticas que apuntan a garantizar servicios jurídicos a personas carentes de recursos y mecanismos de acceso a la justicia, actúan como mecanismos para compensar situaciones de desigualdad material que afectan la defensa eficaz de los propios intereses y por ello, son quizá las políticas judiciales que se vinculan más directamente con las políticas y servicios sociales. Sin embargo, se debe impulsar con firmeza que la garantía del acceso a la justicia no se limita únicamente a la posibilidad de formular una queja sino que debe incluir la eventualidad de acceder y sostenerse a lo largo de toda la instancia judicial que el reclamo requiera. En consecuencia, resulta necesario un grado importante de alfabetización jurídica y de conciencia de la existencia derechos para la ciudadanía en general (Gherardi, 2006).

Paradójicamente el campo de las políticas sociales no suele advertir la importancia de los sistemas y políticas de acceso a la justicia y a mecanismos de reclamos de derechos, como componentes esenciales para mejorar la participación social, la transparencia, fiscalización y en definitiva la efectividad de las propias políticas<sup>36</sup>. Paralelamente los sectores especializados en temáticas judiciales, tienden a analizar los problemas de acceso a la justicia como asuntos vinculados estrictamente al diseño de los sistemas de justicia y desvinculados de las lógicas y orientaciones de las políticas sociales.

Esa relación directa existe no sólo porque los procesos de degradación social y exclusión agudizan los problemas de acceso a la justicia<sup>37</sup>, sino también porque la lógica de las políticas sociales suele incidir en la posibilidad de ejercer derechos, en especial frente al Estado, tanto sociales como civiles y políticos.

Resulta evidente de la experiencia en Argentina, que la degradación de los derechos laborales y el debilitamiento de las estructuras sindicales, tuvo un impacto directo en el desmantelamiento de redes sociales que favorecían la tutela de los derechos. En algunas provincias el predominio del empleo público inhibe la defensa de derechos frente a la arbitrariedad del propio Estado. Al mismo tiempo la sujeción de los ingresos familiares a la ayuda social discrecional, inhibió a importantes sectores de la población de formular sus reclamos en términos de acciones litigiosas, de modo que las políticas asistenciales basadas en beneficios de reconocimiento discrecional, agudizan las barreras institucionales para el acceso a los tribunales, tal como fue analizado en los diversos capítulos que integran este libro.

## **6. Obligaciones comunes y diferentes categorías de derechos: márgenes para la definición de las políticas públicas**

---

<sup>36</sup> La Comisión Interamericana (CIDH, 2007b) analiza el conjunto de estándares fijados por el sistema interamericano que garanticen la protección judicial efectiva y su vinculación con los DESC.

<sup>37</sup> Un ejemplo elocuente es el aumento del número de imputados que requieren los servicios de un defensor público en la Provincia de Buenos Aires a partir de la agudización de la crisis social. En la actualidad ocho de cada diez imputados tienen defensor público, cuando seis años atrás el porcentaje era de seis de cada diez. La defensa pública suele ser el sector de la justicia en el que más impactan los cambios de la situación social. Pese a ello, no ha existido capacidad de reacción para pensar políticas de acceso que den cuenta de este cambio en el escenario social y el nuevo caudal de demanda sobre el servicio.

El enfoque de derechos si bien fija un marco conceptual para la formulación y la evaluación de las políticas, no debería conducir a acotar o limitar excesivamente el margen de acción de los gobiernos para la formulación de esas políticas. Principalmente por no impone a los Estados ni a los sujetos obligados una determinada manera de hacer las cosas, ni de cercenar la creatividad de los decisores sujetándolos a esquemas rígidos o inflexibles. La idea que prevalece es que cada Estado debe ser dueño de su estrategia y aquí hay un punto de relación entre la idea afianzada en el campo del desarrollo sobre la “propiedad del Estado” y el derecho de autodeterminación.

La realización de los derechos humanos en el marco de las políticas y estrategias de desarrollo puede alcanzarse por caminos diversos. Así, sistemas de libre mercado o con mayor intervención del Estado en la economía, pueden realizar o cumplir con los mandatos del derecho internacional de los derechos humanos.

Debe quedar bien en claro que los derechos no imponen necesariamente acciones concretas, sino tipos de obligaciones que si bien fijan una orientación, un camino que debe transitarse, un marco para las definiciones, dejan al Estado o a los sujetos obligados, un espacio importante 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 matizar las críticas a la posibilidad de exigir plenamente los derechos sociales o la idea de las imposiciones exorbitantes a la acción política. Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales<sup>38</sup>. 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"<sup>39</sup>.

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 tendientes 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.

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

---

<sup>38</sup> Contreras Peláez (1994: 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”.

<sup>39</sup> Ver Contreras Peláez (1994: 17-20); y De Castro (1981: 15-17); Abramovich y Courtis (2002).

no el único.<sup>40</sup>

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 casos (Ewald, 1985). En tal sentido, la jurisprudencia de los órganos de protección internacional de derechos humanos, ha establecido la obligación positiva de los estados de remover los obstáculos sociales que impiden el acceso a la jurisdicción, de tomar medidas apropiadas para evitar que alteraciones ambientales puedan constituir una violación del derecho a la vida privada y familiar, de desarrollar acciones positivas para evitar riesgos previsibles y evitables que puedan afectar el derecho a la vida, lo que comprende en ciertos casos el deber de asegurar, mediante medidas positivas, concretas y debidamente orientadas, el acceso a condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana, en especial cuando se trata de sectores afectados por situaciones estructurales de exclusión social o bajo condiciones de riesgo, cuya atención se torna prioritaria, como por ejemplo pueblos indígenas o niños y niñas que viven en las calles o bajo sistemas de internación manejados discrecionalmente por el Estado, o personas viviendo con HIV/SIDA.

Podría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen. En tal esquema, habrá algunos derechos que, por ser claramente pasibles de ser caracterizados a través de obligaciones negativas del Estado, queden enmarcados en el horizonte de los derechos civiles y políticos. Tal sería el caso, por ejemplo, de la libertad de conciencia, o la libertad de publicación de ideas sin censura previa. En el otro polo, algunos derechos que resultan caracterizados fundamentalmente a través de obligaciones positivas del Estado, quedarán abarcados en el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales. Tal sería el caso, por ejemplo, del derecho a la vivienda<sup>41</sup>.

Eide (1995) 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 la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo<sup>42</sup> 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

---

<sup>40</sup> Ver Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), art. 21.1: “*Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*” (el destacado es nuestro).

<sup>41</sup> 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 (Van Hoof, 1994: 97-110). Con más razón, el Estado debe abstenerse de realizar por sí mismo el desplazamiento en dichas condiciones.

<sup>42</sup> Art. 2 de Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 41/128 del 4/12/1986. Para mayor amplitud en el tema, ver Eide (1995: 21-49, en especial pp. 36-38) y Eide (1999).

recursos propios de cada individuo o de grupos específicos, 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 Eide (1995), 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).

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, y debe ser considerado especialmente al intentar emplear estándares jurídicos en la fiscalización y evaluación de esas políticas.

Cuando las normas del derecho internacional imponen a un Estado obligaciones jurídicas que éste decide hacer cumplir a través de otros actores no estatales, conserva siempre una responsabilidad de la que no puede desligarse. Funciona como un garante de última instancia. Así, por ejemplo, puede considerarse conveniente reducir al máximo las esferas de participación del Estado como proveedor de bienes públicos, salvo a través de redes de contención en situaciones de extrema pobreza y exclusión, para evitar que la intervención de la burocracia estatal que en un país puede ser corrupta y clientelar.

También puede adoptarse una estrategia de descentralización hacia unidades políticas locales como responsables directas de los servicios. A ello han apuntado por ejemplo algunas estrategias de reforma sectorial del Banco Mundial en el plano de la salud o la educación. 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 directamente<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Un tema complejo que no podremos analizar por razones de extensión, 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

Los instrumentos internacionales fijan estándares orientadores de políticas públicas que van luego a ser la “regla de juicio” sobre cuya base intervienen los mecanismos de supervisión - o el poder judicial en su caso o las propias organizaciones públicas y no gubernamentales que realizan actividades de monitoreo - para controlar si las políticas y medidas adoptadas se ajustan o no a esos estándares, que pueden ser, por ejemplo, los estándares de “razonabilidad”, “adecuación” “progresividad” o “igualdad”, o el análisis de contenidos mínimos que pueden venir dados por las propias normas internacionales que fijan derechos. Por ello el derecho internacional de los derechos humanos no contiene en sí un determinado diseño de políticas, sino estándares que sirven de marco a las políticas que cada Estado define.

Cabe señalar que recientemente la Organización de los Estados Americanos (OEA) ha aprobado los lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en el marco de cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados que han ratificado el Protocolo de El Salvador<sup>44</sup>. Se trata del marco general, a partir del cual, los Estados deberán informar del grado de avance en el cumplimiento efectivo de los derechos comprendidos en el Protocolo, identificando indicadores (estructurales, de proceso y de resultado) como también promueve que los gobiernos identifiquen señales de progreso cualitativas para la satisfacción de los derechos en cuestión. A su vez, se definen indicadores sobre temas transversales, como igualdad, acceso a la justicia y acceso a la información y participación, CIDH (2008). Este instrumento es de utilidad no solo al momento de evaluar el cumplimiento de derechos sino también para el diseño de políticas públicas conforme a derecho.

Por otra parte, los mecanismos de supervisión y eventualmente los jueces tampoco tienen la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y –en caso de hallar divergencias– reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia. Si los Estados no adoptan ninguna medida entonces los mecanismos de supervisión, entre ellos la justicia, pueden activar la toma de decisiones en aras de cumplimentar con las obligaciones jurídicas. Por lo demás las políticas incorrectas o que fracasan, no siempre determinan el incumplimiento de derechos, sólo ocurrirá así cuando el Estado no haya cumplido con alguna de las obligaciones asumidas. Por el contrario *puede haber políticas exitosas en sus objetivos pero que consagren la vulneración de derechos*.

Los derechos fijan marcos para la definición de políticas y en tal sentido inciden no sólo en sus contenidos u orientación, sino también en los procesos de elaboración e implementación y como parámetro para su evaluación y fiscalización. Para comprender

---

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.

<sup>44</sup> El Protocolo del El Salvador, aprobado en 1999, constituye el protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos y constituye el primer instrumento interamericano que regula específicamente derechos económicos, sociales y culturales para la región.

el alcance de lo anterior, es importante analizar principios fundamentales como el de igualdad y no discriminación, participación política y acceso a la justicia en relación con las estrategias y políticas públicas de desarrollo. El objetivo que persigue este análisis es avanzar en términos conceptuales como estratégicos para impregnar futuros marcos generales aptos para los procesos de formulación de políticas públicas en el ámbito social, cualquier sea la temática específica abordada por esa política, en tanto se trata de conceptos transversales a todas las políticas públicas.

## **7. El principio de inclusión y los estándares sobre igualdad y no discriminación.**

El principio de inclusión que suele regir políticas de desarrollo puede resultar enriquecido al vinculárselo con los estándares legales sobre igualdad y no discriminación. En tal sentido el derecho de los derechos humanos puede aportar conceptos más claros en esta materia, que sirvan como parámetro para definir y evaluar políticas públicas. No sólo se requiere del Estado una obligación de no discriminar, sino también en algunos casos la adopción de acciones positivas para garantizar la inclusión de grupos o sectores de la población tradicionalmente discriminados y se presume en cierta medida el carácter discriminatorio de una medida restrictiva o de una política que establece diferencias de trato basadas en cuestiones étnicas o de sexo.

Si bien la mayoría de los países de América Latina han ratificado los principales tratados de derechos humanos que fijan normas sobre igualdad y no discriminación, y tal como señalamos, las mismas conviven en el mismo plano que situaciones discriminatorias. Allí cobra gran importancia el valioso aporte resultante de numerosas experiencias favorables en acciones transversales de equidad de género para políticas públicas en otras áreas.

Otro valioso aporte se desprende de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que expresamente manifiesta, en diversos fallos, que no existen políticas neutrales, estableciendo que el artículo 24 de la Convención Americana leído a la luz del deber de garantía de los Estados respecto a los derechos de la Convención, no sólo exige no implementar políticas y medidas discriminatorias, sino *proteger frente a prácticas y conductas discriminatorias* que pudieran desplegar agentes públicos o actores no estatales<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup>Hay un caso destacado, de la inscripción tardía de dos niñas de ascendencia haitiana nacidas en territorio dominicano a quienes las autoridades dominicanas les negaron la inscripción en el registro civil en reproducción de la discriminación histórica sufrida por personas haitianas o con ascendencia haitiana en República Dominicana. Una de las consecuencias de la negativa del registro fue la imposibilidad de una de las niñas de asistir a la escuela básica primaria. La Corte acogió la demanda presentada por la Comisión Interamericana, encontrando que el Estado había obrado de manera discriminatoria (Corte I.D.H., *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, sentencia de 8 de septiembre de 2005). En el fallo la Corte sostuvo: “La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”, Abramovich (2007)

Este último punto extiende considerablemente las obligaciones de los Estados en relación con la tutela del principio de igualdad ante la ley, imponiendo un claro rumbo que obliga a formular políticas preventivas, sobre todo frente a prácticas extendidas o situaciones estructurales de discriminación, aún cuando provengan de particulares. En ocasiones los Estados deben considerar la necesidad de implementar medidas como *acciones afirmativas*, las que no sólo se consideran compatibles con el artículo 24 de la Convención, sino en ocasiones serán el tipo de acción de garantía indicado para asegurar el acceso y ejercicio de ciertos derechos por sectores que son víctimas de situaciones de desigualdad estructural o procesos históricos de exclusión.

Además de la aplicación del principio de igualdad para agravar el examen de razonabilidad de las normas y políticas que imponen restricciones en el ejercicio de ciertos derechos, este principio fue considerado más o menos explícitamente para *subrayar también el deber de garantía* de los Estados, en el sentido de enfatizar la obligación de adoptar medidas positivas concretas tendientes a asegurar el ejercicio de ciertos derechos, como la vida, la protección familiar, la integridad física, el derecho de residencia, y en ocasiones derechos sociales como la salud y la educación, por personas que integran grupos o colectivos definidos por padecer situaciones de alta vulnerabilidad o situaciones estructurales de desigualdad. Esta última cuestión tiene enorme relevancia con relación a la fijación de lineamientos de políticas públicas de inclusión social y estrategias de desarrollo para América Latina.

Entre los sectores mencionados por el SIDH como sujetos víctimas de procesos históricos de discriminación y exclusión, se encuentran los pueblos indígenas o la población afrodescendiente y las mujeres en relación al ejercicio de ciertos derechos, como la integridad física y la participación política. También se ha enfatizado la obligación de garantía de los Estados ante la existencia de sectores en situaciones de vulnerabilidad originadas en situaciones de desigualdad estructural, como vimos anteriormente, los niños y niñas en situación de riesgo, los inmigrantes indocumentados y por lo tanto sin acceso a servicios sociales básicos, en especial los niños indocumentados, la población desplazada de sus territorios, o las personas portadoras de HIV/SIDA, entre otros. Es decir, “los excluidos y las excluidas” constituyen un número importante y a la vez sumamente heterogéneo, que en muchos de los casos, la exclusión no se relaciona necesariamente con la pobreza, razón por la cual, el propio SIDH avanza en *considerar la exclusión más allá del nivel de ingresos o de carencias relativas*.

Este punto es de enorme relevancia, pues indica que el SIDH *no recoge sólo una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y por lo tanto a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural, que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación*. Implica por lo tanto, la necesidad de trato diferenciado, cuando debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la identidad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio o bien, o el ejercicio de un derecho<sup>46</sup>.

El empleo de la noción de *igualdad material* supone una herramienta de enorme potencialidad para examinar las normas que reconocen derechos, pero también la

---

<sup>46</sup> Para un análisis de estas nociones, Ferrajoli (2003); Barrére Unzueta, (1997); Fiss (1999).

orientación de las políticas públicas que pueden servir para garantizarlos o en ocasiones que tienen el potencial de afectarlos. Con respecto a determinadas personas que integran grupos que resulten vulnerables o susceptibles de ser discriminados en sus derechos económicos, sociales y culturales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha establecido, en diversos instrumentos, 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.

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<sup>47</sup>. 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 de formular sus políticas (por ejemplo los habitantes de determinada área geográfica del país, o las personas de determinado grupo etario) y fije medidas para compensarlos o afirmar sus derechos, o en muchos casos restituir los derechos vulnerados.

La obligación del Estado de adoptar medidas positivas para resguardar el ejercicio de derechos sociales tiene importantes derivaciones, por ejemplo, en cuanto al tipo de información estadística que el Estado debe producir, que al mismo tiempo conforma un estándar de los propios derechos sociales. La producción de información, debidamente desagregada a efectos de determinar sectores desaventajados o postergados en el ejercicio de derechos, no sólo constituye 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 prioritaria<sup>48</sup>. Asimismo constituye un factor clave en dirección a los indicadores incorporados en los Objetivos de Desarrollo del milenio suscriptos en septiembre de 2000 por 189 países del mundo (Naciones Unidas, 2000).

También debe considerarse especialmente, que en base a las formas de organización vigentes en América Latina, el empleo remunerado fue considerado el mecanismo por esencia para alcanzar la inclusión social. En la mayoría de los países, en particular los del cono sur, los derechos sociales surgieron asociados a la categoría de trabajador/a asalariado, y se estructuró todo el sistema en función de esta categoría de derechos. De

---

<sup>47</sup> 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, punto13) y a la salud pública (OG Nro.14, puntos 43 f y 53).

<sup>48</sup> Como señala el DFID (2000) “...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 población están crecientemente gozando de sus derechos...”.

esta forma, el conjunto de los derechos sociales nace como un derivado de los derechos laborales, al punto que ambos grupos de derechos se consolidaron conjuntamente como norma jurídica, que en muchos casos fueron incorporados directamente en el texto constitucional.

Es precisamente en el ámbito del empleo remunerado donde se constatan la mayor cantidad de situaciones de discriminación y segregación ocupacional, que comprenden brechas salariales entre hombres y mujeres cercanas al 40% en la región, como también trayectorias laborales diferencias por sexo y muy bajos índices de acceso a puestos de decisión para las mujeres. Y si bien se han implementado políticas al respecto, sumadas a acciones positivas, sin embargo la situación dista de ser la deseable. A ello debe sumársele el conjunto de medidas de flexibilización laboral implementadas durante las reformas de los años noventa, las que agravaron las inequidades existentes.

En igual dirección, debe señalarse una tensión presente en las regulaciones laborales, en donde compiten dos valores distintos: por un lado se acepta la vigencia del principio de igualdad entre los trabajadores y las trabajadoras pero por otro lado se reclama la regulación diferencial para ciertos supuestos. Esta tensión cobra especial importancia debido a que el trabajo de las mujeres atraviesa los ciclos reproductivos y las consiguientes responsabilidades familiares combinadas con las productivas. A tal punto se tensa esta relación, que se termina afirmando la diferencia para reclamar la igualdad (Pautassi, Faur y Gherardi, 2004).

En la mayoría de los códigos laborales y regulaciones específicas de América Latina, la dicotomía se resolvió en priorizar la protección de la maternidad y no la igualdad. Nuevamente, a priori, esta opción condice con los compromisos asumidos por los Estados en el marco de las conferencias internacionales (especialmente la CEDAW), los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y planes nacionales de igualdad de oportunidades, al mismo tiempo que significa reconocer las limitaciones que le imponen la naturaleza misma del discurso normativo.

Sin embargo, este reconocimiento normativo de la diferencia para garantizar derechos destinados a brindar efectivas condiciones de igualdad de oportunidades para las mujeres no considera la división sexual del trabajo al interior del hogar, donde los trabajadores varones pocas veces asumen una activa co-responsabilidad en tareas reproductivas, profundizando de esta forma, una división entre lo público y lo privado, sin la suficiente consideración de los antagonismos existentes en uno y otro ámbito, y relegando de esta forma al ámbito privado las particularidades y las diferencias en términos de género. En otros términos, lo protegido y reglamentado para las mujeres se relaciona con su responsabilidad sobre el mundo privado, más que sobre el *continuum* productivo-reproductivo como eje de análisis de relaciones que incluyen a varones y mujeres, o sobre la eliminación de discriminaciones en el mundo de lo público (Pautassi, Faur y Gherardi, 2004).

De allí radica la importancia de discutir el principio jurídico de igualdad en el trato, y sus implicancias en la regulación del trabajo de la mujer, distinguiendo los conceptos de discriminación y desigualdad, para ensayar medidas y políticas superadoras, que articulen mecanismos redistributivos y de reconocimiento entre sistemas de garantía de derechos económicos, sociales y culturales -universales y solidarios- junto con sistemas

productivos que promuevan y resguarden el acceso a empleos, con garantías formales y acceso a la seguridad social y que no sean discriminatorios.

El principio de igualdad y no discriminación tendrá derivaciones también en cuanto a los criterios con los que deben distribuirse los presupuestos y el gasto social. La discriminación en el acceso a derechos puede provenir, por ejemplo, de la disparidad entre regiones geográficas postergadas. En algunos países de la región, por ejemplo, los procesos de descentralización en materia de educación pública y salud han agudizado la inequidad en el acceso a servicios públicos de calidad equiparable entre los habitantes de diferentes regiones geográficas. Sabel y Simon (2004) ejemplifican el alto valor que ha tenido el litigio público en materia de reforma educativa en Estados Unidos. A partir de ello exponen que el enfoque del “*new accountability*” [nueva responsabilidad política] está reconocido como una importante y auspiciosa vía de reforma pública escolar, en tanto señala las formas como en varias jurisdicciones, las cortes son participantes cruciales en los procesos de reforma<sup>49</sup>.

En otros términos, tanto en relación con el propio enfoque de derechos, como también a partir de la estrategia del litigio público o de casos colectivos se encuentran abiertas importantes puertas y estrategias para incluir derechos y garantías en el diseño e implementación de las políticas públicas en general y sociales en particular. Allí es importante considerar fundamentalmente el principio de acceso a la justicia y los mecanismos de rendición de cuentas.

## **8. Acceso a la justicia y rendición de cuentas: derechos y principios conexos**

Sin duda una de las principales cuestiones para explorar la potencialidad de la relación entre derechos y políticas sociales, está en los mecanismos de rendición de cuentas y de responsabilidad. Ello, pues la lógica de los derechos implica necesariamente, como fuera dicho, mecanismos de exigibilidad, que contribuyen a reforzar los espacios de fiscalización y control de las políticas, los servicios públicos y las acciones de los gobiernos, así como de los demás actores sociales involucrados en las estrategias de desarrollo.

Cuando hablamos de mecanismos de exigibilidad de los derechos no nos referimos exclusivamente a los sistemas de administración de justicia, 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

---

<sup>49</sup> Agregan los autores que en materia de educación para individuos con discapacidades, numerosas normas estatales crean deberes para evitar la discriminación en contra de los estudiantes discapacitados, al tiempo que deben promover acciones que faciliten su inserción y desenvolvimiento. La experiencia reseñada señala que los primeros litigios de reforma estructural parecen haber tomado la orientación de ordenar-y-controlar, comprendiendo reglas altamente elaboradas que delimitaban el régimen administrativo focalizándolo en cuestiones como la oportunidad para procesar las evaluaciones de los estudiantes, el número y calificación del personal, y las prácticas de enrolamiento de estudiantes. Como consecuencia los profesionales empezaron a estar insatisfechos con lo que se caracterizo como la aproximación “input-orientada” tanto en la vigilancia judicial como en la administrativa. Pero, siguiendo el espíritu del enfoque de la “*new accountability*”, las reformas de 1997 al estatuto federal de educación especial requirió, que los Estados establezcan las metas a alcanzar y las medidas de progreso con evaluaciones estandarizadas.

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, la posibilidad que los propios destinatarios de políticas y programas sociales puedan asentar reclamos y reclamar judicialmente.

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 parte de las organizaciones sociales y al desarrollo de actores en la sociedad civil con vocación y recursos para utilizarlos. Ejemplos de éstas situaciones en Argentina han sido analizadas a lo largo de éste libro.

Por ende, es importante identificar los ejes orientadores de una agenda de reforma judicial en la región, que al igual que en el campo de las políticas sociales, incluya estándares jurídicos imprescindibles para un re-diseño de los sistemas de garantías. Entre los principales aspectos que pueden nutrir la agenda reformista, se encuentran (Abramovich, 2007):

1. El derecho de los derechos humanos tiene estándares bastante precisos sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para demandar ante la vulneración de los derechos fundamentales. 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 ello deberá remover los obstáculos sociales o económicos que obturan o limitan la posibilidad de acceso a la justicia, pero además el Estado deberá *organizar un servicio público de asistencia jurídica gratuita*, y mecanismos para aliviar gastos y costas de los procesos para hacerlos asequibles, por ejemplo estableciendo sistemas de eximición de gastos. Sería una forma de sostener la oferta del servicio y no solo actuar a demanda de parte. Como señalamos las políticas para asegurar servicios de asistencia jurídica de calidad y accesibles a los sectores con mayores necesidades, deben ser pensadas de manera integral junto al resto de las políticas y servicios sociales. En algunos países esta cuestión se ubica dentro del debate sobre extensión y mejoramiento de los servicios públicos esenciales. Lamentablemente en nuestra región el tema no suele ser parte de la agenda de los ministerios de Justicia, ni tampoco se incluye entre las prioridades de las agencias encargadas de diseñar e implementar políticas sociales.
2. En necesario considerar que el conjunto de políticas sociales no ha estado guiadas en su organización y funcionamiento a una lógica de derechos. Ni siquiera el caso de las políticas históricamente más universales como salud y educación. Por el contrario, y en especial luego de las reformas estructurales, las prestaciones se han organizado y brindado mayormente bajo la lógica inversa de beneficios asistenciales, con un alto grado de discrecionalidad en su otorgamiento y/o remoción; 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, pero para el caso argentino se han

aportado ejemplos evidentes al respecto a lo largo del presente libro. La ampliación de funciones sociales del Estado –en áreas tales como salud, vivienda, educación, trabajo, seguridad social, consumo o promoción de la participación de grupos sociales desaventajados– no necesariamente se ha traducido, desde el punto de vista técnico, en la configuración concreta de derechos. En muchos casos, el Estado asumió esas funciones a partir de intervenciones discrecionales o de formas de organización de su actividad – como la provisión de servicios públicos o la elaboración de programas o planes sociales focalizados- cuyo efecto social y económico no se asigna particularmente a sujetos titulares de derechos, sean éstos individuales o colectivos. Lo que sucede en muchos casos es que el Estado ha subordinado a su propia discrecionalidad y al manejo clientelista las prestaciones o intervenciones que las Constituciones o pactos de derechos humanos proyectan como derechos (Ferrajoli, 2003)<sup>50</sup>. Sin embargo, no hay ninguna imposibilidad teórica o práctica de configurar derechos exigibles también en estos campos, de modo de sumar a los mecanismos de control institucional, administrativos o políticos, el control que puedan ejercer sobre los prestadores o funcionarios, las personas que ejercen derechos vinculados a esas prestaciones sociales.

3. El reconocimiento de derechos en las Constituciones y en los tratados está destinado a imponer obligaciones a los poderes públicos, por lo que requiere justamente reclamar esa configuración. Es indudable que una perspectiva de derechos en la formulación de los planes debe conducir a contemplar en su ingeniería institucional los estándares básicos de debido proceso, tales como el plazo razonable, el derecho a una decisión fundada, a la revisión por una instancia independiente, eventualmente judicial, a ser informado de los recursos disponibles, el principio de igualdad de armas, el derecho a contar con abogado en ciertos casos complejos, entre otros.
4. Algunos principios básicos de derechos humanos que integran las denominadas garantías procesales, resultan de aplicación directa a los procedimientos judiciales en los que se determinan derechos sociales: el derecho a ser oído en *un plazo razonable y a la igualdad de armas, entre otras*. La fijación de principios claros en este ámbito serviría para orientar una agenda de reformas judiciales, mejorando sustancialmente las garantías jurisdiccionales de los derechos sociales y su grado de exigibilidad, pero también permitiría examinar la legalidad de reformas procesales que tuvieron por objeto deliberado obstaculizar el ejercicio de estos derechos, tales como las implementadas en varios países de la región en los procedimientos de la seguridad, con diligencias dilatorias, déficit de recursos, afectación de la cosa juzgada, y trabas en las ejecuciones de decisiones contra los Estados, una cuestión presente en numerosos casos que tramitan ante el SIDH. Es obvio que por ejemplo la demora irrazonable de los procesos laborales o previsionales, o las facultades

---

<sup>50</sup>Una lectura posible del actual intento de desmantelamiento de los Estados de bienestar desde esta perspectiva pondría énfasis no sólo en la reducción de servicios sociales, sino también en la precarización del vínculo jurídico entre el Estado y el destinatario de la política social respectiva. Una clara manifestación de esta precarización es el paso de políticas sociales universales fundadas en el reconocimiento de derechos subjetivos, a programas sociales focalizados y transitorios, fundados en la intervención discrecional del poder público, Ver al respecto Lo Vuolo et al (1999: 191-202).

exorbitantes de los Estados en estos últimos procedimientos, tienen un impacto negativo directo en su ejercicio efectivo<sup>51</sup>.

5. Por último, el reconocimiento de que esas políticas y servicios responden al cumplimiento de derechos económicos, sociales y culturales, conduce a reconocer la necesidad de contar con mecanismos adecuados y efectivos de reclamo de estos derechos de índole individual y colectiva. Este es un tema central a considerar en la agenda de reformas judiciales en la región, para fortalecer el acceso a la jurisdicción y la participación social en la fiscalización de las políticas estatales. Las *acciones de amparo colectivo, las acciones de tutela, mandatos de securanca y de injuncao brasileños, acciones de clase, acciones declarativas de certeza, acciones de inconstitucionalidad, acción civil pública*, actúan como vías para el control social de las políticas y al mismo tiempo sirven para activar procesos de rendición de cuentas y sistemas de freno y contrapeso entre los mismos órganos del Estado. En estas acciones organizaciones ambientales, de usuarios, pueblos indígenas, organizaciones de mujeres y de derechos humanos, o en ocasiones funcionarios públicos legitimados para representar actores colectivos, como el Ministerio Público, o el Defensor del Pueblo, han logrado incidir a través de la actuación de instancias judiciales, de maneras muy diversas, en la orientación de políticas sociales. Este tipo de acciones han impulsado procesos de discusión de diversas políticas públicas. Estas acciones además han contribuido a fiscalizar empresas que prestan servicios públicos a fin de tutelar los derechos de los usuarios, o empresas y grupos privados que realizan explotaciones económicas con efectos ambientales. También han servido para reclamar información y demandar mecanismos de participación en los procesos previos a la formulación de políticas, o al otorgamiento de concesiones de actividades económicas potencialmente nocivas<sup>52</sup>. Es evidente que en un contexto de exclusión aquellos mecanismos que permiten la actuación colectiva favorecen las posibilidades de exigir y demandar derechos y contribuyen en ocasiones a afianzar la organización social y la capacidad de acción de los actores sociales, sobre todo cuando se logra articular este tipo de demandas legales con otras estrategias de exigencia política de derechos, tal como se ha analizado en la experiencias recogidas en este libro.

Es evidente que los derechos sociales tienen una dimensión colectiva y su vulneración suele presentarse como afectación de grupos o colectivos más o menos determinados. Lo mismo puede decirse de aquellas acciones estatales que impactan en sectores sociales excluidos y que suelen presentarse como prácticas generales que configuran situaciones de características estructurales y que demandan remedios de naturaleza colectiva, tal como la afectación de derechos civiles, políticos y sociales de una comunidad indígena o de un grupo de portadores de HIV/SIDA.

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

---

<sup>51</sup> Para un análisis más exhaustivo de los principales problemas de debido proceso legal en los procesos vinculados a la determinación de derechos sociales puede consultarse, Abramovich, y Curtis (2002: 179-200).

<sup>52</sup> Ver Provoste y Silva (1998), Correa Sutill (2002), Londoño Toro (2003); Abramovich, (2006b).

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 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 transparencia<sup>53</sup>.

## **9. A modo de conclusión: derechos e institucionalidad de la política social**

Desde diversos enfoques, los argumentos presentados a lo largo del análisis muestran los límites a los que ha llegado la política social asistencial, tanto como estrategia supuestamente apta para superar la pobreza, como también como mecanismo que permite la inclusión social. Si al análisis le incorporamos los fallos judiciales presentados a lo largo del libro evidenciamos aún más la falta de legitimidad –y en muchos casos la ilegalidad- de las mismas. En contraste, llama la atención el grado de institucionalidad que éstas prácticas han alcanzado, marcando una clara división entre las incumbencias de los sectores sociales y el campo de los derechos humanos, en un recorrido bifronte entre los mandatos incorporados en la Constitución Nacional y las prácticas institucionales. A su vez, la política económica y la fiscal transitan por otros carriles, sin que haya una dinámica de integración y muchos menos de interdependencia funcional.

Si bien hemos podido circunscribir los límites y el carácter asistencial y compensatorio de las políticas sociales aplicadas por casi tres décadas en América Latina, aún quedan por resolver numerosos dilemas intrínsecos a la definición de un modelo de desarrollo acorde con el paradigma de los derechos humanos. De este modo, así como no se puede pensar que algún día se logrará la inclusión y cohesión social a través del derrame de abundancia que promoverá el mercado, tampoco podemos considerar siquiera que en el marco de la fragmentación que existe en los programas sociales aislados, se podrá satisfacer el contenido mínimo de los derechos sociales.

Precisando: cumplimentar las obligaciones positivas que tienen los Estados en materia de derechos económicos sociales y culturales no puede lograrse con una sumatoria de programas sociales aislados, sino que se requiere de una nueva institucionalidad, la que por otra parte, debe pasar del consenso a la acción, o de igual forma, hacer posible la implementación de un andamiaje que haga efectivo los derechos existentes a partir de garantizar políticas sociales de corte universal. En rigor, se trata de revisar los derechos ya establecidos y reconocidos en los instrumentos internacionales, y en la legislación interna de los países y verificar si las políticas estatales cumplen con los estándares mínimos en materia de derechos humanos.

Para ello resulta prioritario cambiar la lógica de las políticas y fortalecer los mecanismos de control y de fiscalización, a fin de hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones que cada Estado ha asumido voluntariamente de asegurar el contenido

---

<sup>53</sup> Ver Botto y D. Tussie (2004); Clark, Fox y Treakle (2003) y Fox y Brown (1998).

mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales. De garantizar que todas las personas puedan acceder en condiciones de igualdad a un estándar básico de protección. De no desbaratar los derechos sociales reconocidos mediante políticas y acciones deliberadamente regresivas. Pero allí la primera vía para comenzar a institucionalizar las políticas sociales parte de la decisión política de cambiar la lógica de formulación de ciertas políticas públicas y sus niveles de universalidad, transparencia y fiscalización.

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

Si al consenso que se ha logrado se le pudiese adicionar como imperativo que no solo se debe poner el foco en las estrategias y políticas de combate a la pobreza, sino que precisamente se debe conjugar una revisión de las normas y principios generales que directa o indirectamente refieren a los estándares de derechos y a principios como el de igualdad, autonomía, no discriminación, en la dirección de promover sociedades más equitativas, incluyendo sin duda la equidad de género como imperativo ético-político; estaremos ante un escenario diferente al actualmente existente en América Latina. ¿Podemos considerar que estaremos ante la salida del dilema de la pobreza y la exclusión?

Las evidencias empíricas dan cuenta en toda América Latina que la igualdad de oportunidades por sí sola no es suficiente y se requieren medidas tendientes a modificar procesos y estructuras que actualmente dificultan el acceso, permanencia y ascenso en el ámbito de trabajo, particularmente en el caso de las mujeres o de otros sectores desaventajados. En el mismo sentido, el diseño de políticas y medidas que busquen la inclusión de las personas apartadas de las relaciones “típicas” de empleo, debe al menos considerar por un lado la presencia de mecanismos discriminatorios y de segregación fundamentados en relaciones de género, raza, calificaciones laborales y buscar formas para implementar acciones positivas para superarlos; y por otro lado, debe promover condiciones efectivas de empleo, tanto para garantizar la protección del empleo (empleos formales con aportes a la seguridad social) como también regulación de las jornadas, mecanismos de cuidado infantil financiados por los sistemas de seguridad social, capacitación y formación laboral, entre otras. En otros términos, no solo se trata de garantizar el empleo, sino de hacerlo accesible a todos los miembros de la sociedad en igualdad de condiciones.

Contrario *sensu* quienes, por razones diversas, no puedan posicionarse en el mercado de empleo remunerado no se los debe clasificar a partir de esta situación –por caso vulnerable- sino establecer esferas diferenciadas, ya sea por vía de garantizar otro tipo de derechos, como derecho al ingreso o acciones positivas, o en el caso de quienes asumen las responsabilidades reproductivas –en su mayoría mujeres- promover el reconocimiento del mismo como trabajo socialmente útil.

En todos los casos, lo importante es que cualquier acción pública se dirija a ciudadanos y ciudadanas titulares de derechos y no a víctimas de modelos económicos excluyentes. Es a partir de éste reconocimiento que el enfoque de derechos demanda profundas reformas en el marco de las políticas públicas –particularmente las económicas y sociales- actualmente vigentes. No proponemos una idea de borrón y cuenta nueva, sino precisamente promovemos una revisión de las políticas inconexas y discriminatorias aplicadas en los últimos treinta años en la región; evaluando si las mismas son compatibles con el marco de derechos que propone el enfoque aquí desarrollado. Se trata de que la política social pase de la definición a la concreción y garantía efectiva de los derechos sociales. Se trata de dejar definitivamente atrás marcos compensatorios y asistencialismo residual para poder (re)situar a los ciudadanos y las ciudadanas en su ejercicio autónomo de derechos.

### **Referencias Bibliográficas**

Abramovich, V. (2007) “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de políticas sociales” En: Abramovich, V.; Bovino, A. y Courtis, C. (comp.) “*La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*”. CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, págs. 217-252.

Abramovich, V. (2006a) Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. *Revista de la CEPAL*, N° 88 Santiago de Chile, CEPAL, Abril.

Abramovich, V. (2006b) “El Acceso a la Justicia y Nuevas Formas de Participación en la Esfera Política”, en Birgin, H y Kohen, B, compiladoras, “Acceso a la Justicia como garantía de igualdad”, editorial Biblos, 2006.

Abramovich, V. y Courtis, C. (2002) *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

Alsop, R. y Norton, A. (2004) *Power, Rights and Poverty Reduction*, Julio.

Atkinson, A. B. (1998): "Social Exclusion, Poverty and Unemployment", en A.B. Atkinson A. B. y Hills J. (eds.), *Exclusion, Employment and Opportunity*, CASEpaper/4, January, CASE/STICERD/ESRC. London.

Banco Interamericano de Desarrollo (2008) *¿Los de afuera?. Patrones cambiantes de exclusión en América Latina y el Caribe*. Informe del Progreso Económico y Social en América Latina. Washington, Banco Interamericano de Desarrollo.

Barrére Unzueta, M. (1997) *Discriminación, Derecho Antidiscriminatorio y Acción Positiva a favor de las mujeres*, Madrid, 1997;

Birgin, H. y Kohen, B. (comp.) *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencia comparada*. Buenos Aires, Editorial Biblos.

Botto, M. y Tussie D. (2004) "Los derechos humanos en la agenda de los organismos económicos internacionales", en J. Zalaquet (coord), " *Temas de Derechos Humanos en*

Capítulo VII del libro “*La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*” Abramovich Víctor y Pautassi, Laura, compiladores, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, pp. 279-340.

*Debate*”, IDL y Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Lima, pp.223/254;

Castel, R. (1997) *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*. Buenos Aires: Paidós.

CELS (2006) “*Las políticas para la disminución de la pobreza implementadas en la Argentina entre los años 2002 y 2005. Un análisis de su diseño, implementación y exigibilidad desde la perspectiva de Derechos Humanos*” Buenos Aires, CELS (mimeo)

CEPAL (2004) *Panorama Social de América Latina*. Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y El Caribe, Naciones Unidas.

CEPAL (2006) *La protección social de cara al futuro. Acceso, financiamiento y solidaridad*. Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y El Caribe, Naciones Unidas.

CIDH (2008) *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*. Washington, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en [www.cidh.org](http://www.cidh.org)

CIDH (2007a) *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Washington, OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CIDH (2007b) *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Washington, OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos”

CIDH, Relatoría para la libertad de expresión (2001) “*Acceso a la información pública en las Américas. Aportes de la Relatoría para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*”

CIDH (2000) Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay.

Clark, D.; Fox J. y Treakle K. (2003) “*Demanding Accountability. Civil- Society Claims and the World Bank Inspection Panel*” Rowman & Littlefield Publishers, Oxford, 2003.

Contreras Peláez, F. (1994) *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid,1994.

Correa Sutill, J. (2002) “*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.

Daeren, L. (2001) Enfoque de Género en la política económica y laboral. En *Serie Mujer y Desarrollo* N° 29, CEPAL; Santiago de Chile.

De Castro, B. (1981) “*Los derechos sociales: análisis sistemático*”, en AAVV, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Murcia, 1981.

Capítulo VII del libro “*La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*” Abramovich Víctor y Pautassi, Laura, compiladores, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, pp. 279-340.

DFID, Department for International Development (2000) “*Realising Human Rights for poor people. Strategies for achieving the international development targets*”, London, UK, octubre, 2000, [http://www.dfid.gov.uk/Pubs/files/tsp\\_human.pdf](http://www.dfid.gov.uk/Pubs/files/tsp_human.pdf).;

Eide, A., (1995) “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights” en Eide, A., Krause, C. y Rosas, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht, Boston, Londres, 1995, pp. 21-49, en especial pp. 36-38.

Eide, A. (1989) Realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Estrategia del nivel mínimo”, en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Nro. 43, 1989.

Ewald, F. (1985) *L'Etat Providence*, París.

Ferrajoli, L. (2003) “Estado social y Estado de derecho”, en Abramovich, Víctor, Añón, María José y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México.

Ferrajoli, L., (1999) “Igualdad y diferencia”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, pp. 73-96;

Fiss, O. (1999) “Grupos y la Cláusula de Igual protección”, en Gargarella; R. (comp), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, 1999, pp.137-167.

Fox J. & L.David Brown (1998) *The Struggle for Accountability. The World Bank, NGOs, and Grassroots Movements*”, MIT Press, Cambridge , 1998.

Fraser, N. (2000) “Nuevas reflexiones sobre el reconocimiento”. Madrid: New Left Review en Español 4. Pp: 55-68.

Fraser, N. (1997) *Justice Interruptus: Critical reflections on the “Postsocialist” condition*. Londres: Routledge.

Gargarella, R. (2005) *El Derecho a la Protesta. El Primer Derecho*”, editorial AD Hoc, Buenos Aires.

Garzón Valdes, E. (1988) ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? En: *Doxa*, Madrid, España.

Gherardi, N. (2006) Notas sobre acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas: un espacio de asistencia posible para las mujeres? En Birgin, H. y Kohen, B. (comp.) *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencia comparada*. Buenos Aires, Editorial Biblos.

Habermas, J. (1994) “Citizenship and National Identity. En: Van Steenberg, B. (Ed.) *The Condition of Citizenship*. London: Sage Publications : 20-35.

Hunt, P.; S. Osmani y M. Nowak (2004) “*Summary of the Draft Guidelines on A Human Rights Approach To Poverty Reduction*”, Office of the High Commissioner for Human Rights, mimeo.

Capítulo VII del libro “*La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*” Abramovich Víctor y Pautassi, Laura, compiladores, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, pp. 279-340.

Kabeer, N. (1996) *Realidades trastocadas. Las jerarquías de género en el pensamiento sobre el desarrollo*. Fondo de Cultura Económica.

Londoño Toro, B. (2003), *Eficacia de las Acciones Constitucionales en Defensa de los Derechos Colectivos*, Colección Textos de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogota, 2003.

Lo Vuolo, R., Barbeito, A., Pautassi, L. y Rodriguez Enriquez, C. (1999) *La pobreza de las políticas contra la pobreza*. Buenos Aires: CIEPP/Miño y Dávila.

Marí, E. (2004) *La teoría de las ficciones*. Buenos Aires, Eudeba.

Marques Pereira, J. (2006) Tesis económica y credibilidad de la política anti-cíclica. La distribución del ingreso y los límites al crecimiento económico. En: Lo Vuolo, R. (comp.) *La credibilidad social de la política económica en América Latina*. Buenos Aires, Ciepp-Miño y Dávila editores.

Mendez, J. y Mariezcurrena, J. (2000) “Human Rights in Latin America and The Caribbean: A Regional Perspective”, Human Development Report 2000, *Human Rights and Human Development*.

Montaño, S.(2006) El buen gobierno desde una perspectiva de género. Ponencia presentada en el Seminario internacional Paridad de género y participación política en América Latina y el Caribe, CEPAL Santiago, Chile, 5 y 6 de octubre del 2006

Naciones Unidas (2000) Resolución Aprobada por la Asamblea General 55/2. Declaración del Milenio. 8ª Sesión Plenaria, 8 de Septiembre de 2000.

O’Donell, G. (2000) “Teoría democrática y política comparada”, En *Desarrollo Económico, Revista de Ciencias Sociales*, enero-marzo 2000, vol. 39 pp. 519-568.

Pautassi, L. (2007) “*El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos*”, Serie Mujer y Desarrollo N° 87, Santiago de Chile, CEPAL (2007).

Pautassi, L. (2006) “Política Social en Argentina: ¿sustancia o procedimiento? En *Escenarios* N° 10, Buenos Aires, Espacio Editorial, Marzo.

Pautassi, L.; Faur, E. y Gherardi, N. (2004) Legislación laboral en seis países latinoamericanos. Límites y omisiones para una mayor equidad”, Serie *Mujer y Desarrollo* N° 56. Santiago de Chile, CEPAL.

Pautassi, L. (2003) “El derecho a la seguridad social. Una aproximación desde América Latina”. En: Abramovich, V.; Añón, M. J.; Courtis, C. (comps.), *Derechos Sociales: instrucciones de uso*. Doctrina Jurídica Contemporánea, México, Fontamara Ediciones.

Pinheiro, P. (2002) “La efectividad de la ley y los desfavorecidos en América Latina”, en Méndez, J. O’Donell, G. y Pinheiro, P. (comp.) *La (in)efectividad de la ley y la Exclusión Social en América Latina*; Buenos Aires Paidós, pp.15-31.

Capítulo VII del libro “*La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*” Abramovich Víctor y Pautassi, Laura, compiladores, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, pp. 279-340.

Provoste, P. y Silva, P. (1998) “Acciones de interés público por la no discriminación de género”, en F. Gonzalez y F. Viveros (eds.), *Ciudadanía e Interés Público. Enfoques desde el Derecho, la Ciencia Política y la Sociología*, Cuadernos de análisis jurídicos, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 1998.

Rico, María Nieves (2000) *El proceso de institucionalización del enfoque de género en el trabajo sustantivo de la CEPAL*. Santiago de Chile, CEPAL (DDR/1).

Rosanvallon, P. (1995) *La nueva cuestión social. Repensar el Estado providencia*. Buenos Aires: Ediciones Manantial.

Saba, R. (2004) “(Des)igualdad estructural”, en Amaya, Jorge (eds.), *Visiones de la Constitución 1853-2004*, UCES, Buenos Aires.

Sabel, Ch y Simon, W. (2004) “*Destabilization rights: how public law litigation succeeds*” 117 Harv. L. Rev. 1015, February, 2004. Extracto de artículo traducido por Joaquín Millón con la supervisión de Mariela Puga.

Salama, P. (2006) “La pobreza en América Latina. La lucha contra las dos V: volatilidad y vulnerabilidad”. En: Lo Vuolo, R. (comp.) *La credibilidad social de la política económica en América Latina*. Buenos Aires, Ciepp-Miño y Dávila editores.

Sen, Amartya (1985) *Commodities and Capabilities*. Amsterdam y New York: Elsevier Publishers.

SENPLADES (2007) *Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010*. Ecuador, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.

The Millennium Development Goals and Human Rights (2003) *Human Rights Perspective on the Millennium Development Goals Conference Report*, November 11, 2003. disponible en <http://www.conectasur.org/es/dialogodh/notices.php?cod=585>

Valencia Lomelí, E. (2008) “Las transferencias monetarias condicionadas como política social en América Latina. Un balance: aportes límites y debates”, en *The Annual Review of Sociology*.

Van Hoof, G. (1994) “The Legal Nature of Economics, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some traditional Views”, en Alsotn, P. y Tomasevsky, K. (eds). *Rights to Food*, Utrecht.

Vobruba, G. (1998) El dilema de la globalización. Análisis y posibles soluciones. En Filgueira, C. Pautassi, L. y Petersen J. (comp) “*Sistemas de Protección Social en un mundo globalizado*” Buenos Aires: DSE, PLPS y CIEPP.

Williamson, J. (ed) (1990) *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?* Washington, DC: Institute for Latin American Economics.

World Bank (2007) *Realizing Rights through Social Guarantees*. Washington, Social Development Department, June 2007.