

ESCUELA DE POSTGRADO SAN FRANCISCO XAVIER SFX



SFX

ESCUELA DE POSTGRADO
ESCUELA DE NEGOCIOS

REPORTE DE INVESTIGACIÓN
“REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS”

AUTOR:

AZALDE LEÓN, JOSÉ MARIO

AREQUIPA – PERÚ
2017

REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Resumen

Especialmente en los países latinoamericanos la jurisprudencia internacional se constituye en una guía y/o inspiración para contribuir a mejorar la formulación de las políticas públicas mediante recomendaciones o exhortaciones; paralelamente al velar por la protección de los derechos fundamentales de las poblaciones, especialmente los que sufren exclusión histórica. Factores como la debilidad institucional de los Estados (incapacidad técnica, falta de legitimidad política o a la corrupción interna) requiere proponer y fortalecer políticas públicas. El autor busca explicar cómo se realiza el proceso de aplicación de los tratados internacionales en los tribunales locales, en la legislación y en la política del gobierno (relación entre derechos y política) y analizar cuáles son los efectos de las resoluciones judiciales en respeto a los Derechos Humanos fundamentales de un individuo en la sociedad. En el ámbito de las políticas públicas: transformaciones y ajustes institucionales en cambios de políticas existentes, reformas legales, implementación de procesos participativos para formular nuevas políticas públicas y, en la reversión de ciertos patrones de comportamiento que caracterizan el accionar violento y abusivo de ciertas instituciones del Estado; situaciones que, afectan a la sociedad al sumarse a situaciones de violencia doméstica, políticas de desplazamientos forzados de población en el marco de conflictos armados, desalojos masivos de poblaciones indígenas de sus tierras ancestrales, etc. Aborda además temas de principios y cambios de enfoque de derechos, al ser importante comprender el impacto de la regulación internacional en la emisión y aplicación de las políticas públicas nacionales en pro de un bien común congruente.

Palabras Claves:

Enfoque de Derechos, Políticas Públicas, Derechos Humanos

Introducción

Mediante las políticas públicas los Estados buscan superar situaciones de exclusión histórica que aquejan a las poblaciones. Esta desigualdad estructural se agudiza en el caso de América Latina, dado que no sólo nos enfrentamos a situaciones de carencias materiales, sino también de discriminación y segregación racial (por mencionar algunos, los pueblos indígenas y los afrodescendientes).

Simultáneamente se realiza una permanente crítica a la debilidad institucional de los Estados, es decir, a su incapacidad técnica, a su falta de legitimidad política o a la corrupción interna. Si son los Estados los llamados a paliar estas situaciones de exclusión social, pero al mismo tiempo no cuentan con los recursos para implementar políticas adecuadas ¿de qué otras formas se puede garantizar que se velen por los derechos de estas poblaciones estructuralmente excluidas?

En los países (sobre todo latinoamericanos) donde existe una situación de baja institucionalidad, la jurisprudencia internacional puede contribuir a mejorar la formulación de las políticas públicas mediante recomendaciones o exhortaciones y paralelamente velar por la protección de los derechos fundamentales de las poblaciones.

Así, consideramos que los estándares jurídicos internacionales pueden servir de marco para la definición y elaboración de estrategias de políticas tanto para los Estados, actores sociales y agencias de cooperación internacional (ONGs).

Esta política pública con enfoque de derechos humanos fija no solamente un conjunto de obligaciones negativas (prohibiciones) a los Estados. También promueve mediante obligaciones positivas políticas que contribuyen al desarrollo y plena realización de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

La jurisprudencia internacional puede servir en estos casos como un programa a seguir, que permita orientar las políticas públicas de los Estados y al mismo tiempo a contribuir con el fortalecimiento de la democracia.

Derecho y políticas públicas

Las políticas públicas no han estado orientadas bajo una lógica de derechos (enfoque de derechos). Más bien, han sido parte de un campo discrecional muy grande de parte de las administraciones públicas diseñando un modelo esencialmente asistencialista y clientelar (mediante servicios públicos o programas focalizados) de políticas públicas. Los beneficiarios serían individuos o usuarios, pero no personas titulares de derechos. Ya que la Constitución y los tratados internacionales imponen obligaciones al Estado con respecto a la protección de ciertos derechos, es posible reclamar su exigibilidad incluso en el plano de las políticas públicas.

En tal sentido, las transformaciones promovidas por el neoliberalismo que han experimentado el Estado de Bienestar se da un enorme impacto en la reducción de servicios sociales y en la precarización del vínculo jurídico entre el Estado y el destinatario de la política pública.

Normas interamericanas de derechos humanos y la formulación de políticas públicas

La discusión se da en un contexto de débil institucionalidad. Las intervenciones de políticas públicas se dan basadas en un lógica asistencialista con beneficios particularizados¹, no a través del reconocimiento y desarrollo progresivo de derechos. Esta situación también afianza una amplia discrecionalidad de la administración pública que queda ajena al derecho y que dificulta cualquier forma de control ciudadano e institucional.

En el discurso de las instituciones relacionadas al desarrollo se hace referencia permanentemente a conceptos como reducción de la pobreza, la participación, la inclusión, el buen gobierno, la responsabilidad y la rendición de cuentas. Desde una perspectiva más minuciosa, los conceptos de este discurso se pueden relacionar con derechos humanos concretos: derecho a la salud, a la alimentación, a la educación, a la libertad de expresión, a la participación política, a la igualdad y a la no discriminación, el derecho de acceso a la justicia, etc.

Como menciona Abramovich, “estos estándares jurídicos pueden servir para fijar un marco para la definición de las políticas y estrategias de intervención tanto de los Estados como de los actores sociales y las agencias de cooperación para el desarrollo, y establecer una vara o criterio común para la fiscalización y evaluación posterior de esas políticas y estrategias, otorgando un contenido más preciso a algunos principios que inspiran la formulación de estrategias de desarrollo y reducción de la pobreza en la región, tales como

¹ Dentro de las características de esta forma de realizar prestaciones y asistencia social están: falta de transparencia, ausencia de mecanismos de participación, responsabilidad y rendición de cuentas.

el principio de inclusión, de participación, de rendición de cuentas y de responsabilidad²". Estos estándares tienen como presupuesto el carácter subsidiario de los mecanismos de protección internacional frente a las garantías de esos derechos en los propios Estados, es decir, el sistema internacional³ respeta la autonomía de los procesos políticos internos de cada Estado como la forma adecuada de alcanzar mejores niveles de realización de los derechos humanos.

Nuestra realidad política e institucional en Sudamérica configuró una visión sobre los derechos humanos. Se consideraban como derechos que eran límites al poder de los gobernantes. Es decir, se le dio un contenido negativo. Actualmente, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha establecido que los derechos humanos también pueden guiar u orientar las políticas públicas de los Estados y contribuir al fortalecimiento de las instituciones democráticas, en particular en procesos de transición o con problemas de democracias débiles.

Se pueden dar situaciones diversas: a).- entidades públicas que controlan políticas públicas protegiendo derechos: sistemas de administración de justicia, mecanismos de participación política y las instancias públicas de control horizontal, como oficinas electorales, defensorías, procuradores de derechos humanos, etc., b).- entidades que definen políticas públicas con impacto en los derechos humanos: áreas de gobierno como la policía, los servicios penitenciarios, y los servicios y prestaciones sociales. Pero aún no se relaciona de manera eficaz el derecho de la jurisprudencia internación y las acciones de las entidades públicas.

Una de las vías para el respeto a los derechos humanos tipificados en la legislación internacional ha sido la utilización de la jurisprudencia internacional en los tribunales nacionales. Muchos jueces utilizar la jurisprudencia de los organismos internacionales para evitar que los Estados caigan en responsabilidad.

Otra de las vías es la capacidad de incidir de manera directa en la orientación general de algunas políticas públicas, y en sus procesos de formulación, implementación, evaluación y fiscalización. Se "suelen imponer a los Estados obligaciones de formular políticas para reparar la situación que da origen a la petición, e incluso establecen el deben de abordar los problemas estructurales que están en la raíz del conflicto analizado en ese caso. La imposición de estas obligaciones positivas es precedida generalmente por el examen, bajo estándares jurídicos, de las políticas implementadas, o del comportamiento omisivo del

² Abramovich Víctor, Bovino Alberto, Coutis Christian (compiladores), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local, La experiencia de una década, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires 2007, Pág. 218-219.

³ En Europa se han desarrollado herramientas para controlar las políticas y servicios públicos. Por ejemplo: Guidelines for improving to social protection and explanatory memorandum, Group of Specialists on Access to Social Protection; European Committee For Social Cohesion (CDCS), Group of Specialists on User Involvement in Social Service and Integrated Social Services Delivery: "User Involvement in Social Services", Final Report 2003/2004, Strasbourg, 30 de Septiembre de 2004; Access to Social Rights in Europe, Report by Mary Daly, Queen's University.

Estado que ha provocado o favorecido una violación de derechos. Esas obligaciones pueden consistir en cambios de políticas existentes, reformas legales, implementación de procesos participativos para formular nuevas políticas públicas y, muchas veces, en la reversión de ciertos patrones de comportamiento que caracterizan el accionar de ciertas instituciones del Estado que promueven violaciones, por ejemplo violencia policial, abuso y tortura en las prisiones, aquiescencia del Estado frente a situaciones de violencia doméstica, políticas de desplazamientos forzosos de población en el marco de conflictos armados, desalojos masivos de poblaciones indígenas de sus tierras ancestrales⁴". También algunos Estados optan por una solución armoniosa o negociación con los peticionarios e implementan reformas o crean mecanismos de consulta para la definición de políticas.

La Comisión Interamericana emite informes⁵ por países donde realiza recomendaciones que orientan políticas públicas estatales sobre los estándares de derechos humanos. También puede emitir opiniones consultivas que sirven para examinar problemas concretos fijando el alcance de las obligaciones estatales que surgen de la Convención y de los tratados de derechos humanos. En estas ocasiones la Corte ha intentado fijar marcos jurídicos para el desarrollo de políticas⁶.

Muchas organizaciones internacionales de han asumido principios y estándares de derechos humanos⁷ para la implementación de sus políticas:

- DFID (Department for International Development), Realising Human Rights for people. Strategies for achieving the international development targets, Octubre de 2000, Londres.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Los derechos humanos y la reducción de la pobreza. Un marco conceptual, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004.
- UNICEF, Taking Children Rights Seriously in the Southern Cone: UNICEF's Work in Argentina, Chile and Uruguay, 2001.
- UNESCO, Elements for an Overall UNESCO Strategy on Human Rights, 2002, Paris.

⁴ La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local, pág. 221

⁵ En el proceso de elaboración de los informes, la Comisión dialoga con los actores sociales locales e internacionales relevantes para esa temática, recaba la opinión de expertos, de agencias de cooperación, de organismos políticos y técnicos de la OEA, toma comunicación con los funcionarios encargados de generar políticas en las materias de los casos en concreto.

⁶ Ver Corte IDH, Opinión Consultiva 17 y Opinión Consultiva 18.

⁷ Se busca tener un marco común para la realización adecuada de los procesos de cooperación y asistencia, definiendo roles de los actores (participación social de los procesos, acceso a mecanismos de rendición de cuentas, etc.) y de los Estados (definir cuáles son las obligaciones de los Estados donantes y receptores frente a los principales derechos humanos involucrados en una estrategia de desarrollo).

- SIDA, A Democracy and Human Rights Based Approach to Development Cooperation, 2001, Stockholm.

Este marco común “con enfoque de derechos” de la cooperación internacional implicó un cambio en la lógica de los procesos de elaboración de políticas. El punto de partida para la elaboración de las políticas públicas no era la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derechos a demandar determinadas prestaciones y conductas.

El enfoque de derechos en las políticas públicas también permite superar la perspectiva de la eficiencia económica en las políticas públicas (un paradigma dominante en nuestro medio). Las políticas públicas que fracasan no siempre determinan el incumplimiento de derechos, sólo sucederá cuando el Estado deje de cumplir sus obligaciones. Asimismo puede haber políticas exitosas en sus objetivos pero que consagren la vulneración de derechos (ligadura de trompas en el gobierno de Fujimori).

La situación de pobreza de las sociedades latinoamericanas puede crear una situación de conflictividad entre las disposiciones normativas internacionales y nacionales y las posibilidades de realización de políticas de exclusión de la pobreza a partir del reconocimiento de derechos (enfoque de derechos). En tal sentido, el documento del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, Los derechos humanos y la reducción de la pobreza (Un marco conceptual⁸), establecen criterios para realizar la distinción normativa:

Se afirma que la pobreza conceptualmente se puede circunscribir a un número reducido de derechos, pero en cuanto a las estrategias de lucha contra la pobreza éste número de derechos se amplía sustancialmente: “El principio de la indivisibilidad de los derechos humanos no exige que la pobreza se defina por referencia a todos los derechos establecidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos, pero sí exige una estrategia global para abordar la pobreza. El enfoque adoptado en el presente documento es perfectamente compatible con este principio. Aunque la pobreza se puede definir por referencia a un conjunto reducido de derechos humanos –que variarán de una sociedad a otra, aunque las pruebas empíricas sugieren que algunos derechos serán comunes a todas-, una estrategia eficaz de lucha contra la pobreza tendrá ciertamente que abordar un conjunto mucho más amplio de derechos humanos. Esto es debido a que los derechos humanos pueden estar relacionados con la pobreza de múltiples formas⁹”.

Asimismo se desarrolla una clasificación sobre las formas en que los derechos humanos puede ser pertinentes para la lucha contra la pobreza: a).- pertinencia constitutiva, aquellos derechos referidos a capacidades consideradas básicas en cada sociedad y su

⁸ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Los derechos humanos y la reducción de la pobreza. Un marco conceptual, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/PovertyReductions.pdf>

⁹ Los derechos humanos y la reducción de la pobreza. Un marco conceptual, pág. 11-12.

incumplimiento tiene como origen la falta de recursos públicos (derecho a la alimentación, derecho a la salud, etc.), b).- pertinencia instrumental tiene aquellos derechos que contribuyen a prevenir situaciones de pobreza (libertad de expresión, libertades políticas, etc.) garantizando que el sistema democrático funcione bien y no surjan situaciones de caos social por la falta de estos derechos (sin libertad de expresión y de reunión una sociedad no puede responder ante la hambruna) y c).- pertinencia restrictiva respecto del contenido y el ámbito de las estrategias, aquellos derechos que pueden actuar como una limitación a los tipos de actuación permisibles. En estos casos los derechos no tienen un valor instrumental para las estrategias de reducción de la pobreza, pero limitan la actuación estatal sobre aquellas acciones que pueden ser consideradas legalmente prohibidas (realizar control demográfico mediante la esterilización forzada).

Un punto discutible con respecto a los estándares de derechos humanos radica en la falta de precisión sobre la importancia en cuanto grado de exigibilidad y los contenidos de los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos. La tradicional relación en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales (denominados “derechos-prestación¹⁰”) con obligaciones “de hacer” varía, y se abren potenciales situaciones que exigirían obligaciones de “no hacer”. Muchas de las acciones tendientes a la aplicación judicial de los derechos se dirigen a corregir la actividad estatal cuando ésta incumple con obligaciones de “no hacer”.

Como sostiene Abramovich, los partidarios del enfoque de derechos entienden que no se está realizando cambios drásticos con respecto a las políticas públicas. Sólo se establecen acciones mínimas que el Estado tiene el deber de realizar: “El lenguaje de los derechos, señalan, no nos dice mucho acerca del contenido de las políticas, pero sí puede decirnos algunas cosas sobre su orientación general y nos brinda un marco de conceptos que debe guiar el proceso para su formulación, implementación y su evaluación¹¹”. El enfoque también permite atender a los sectores empobrecidos (excluidos y desatendidos por el Estado) dotándolos de poder mediante el reconocimiento de los derechos¹², y fortalecer los mecanismos de responsabilidad de los Estados.

El Estado en el enfoque de derecho debe responder por ciertas obligaciones positivas y negativas, de “hacer” y de “no hacer”. Las de “hacer” se relacionan principalmente por la disposición presupuestal, pero también con otras formas de cumplir sus obligaciones

¹⁰ Contreras Peláez, F., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, 1994, pág. 17—22; De Castro, B., *Los derechos sociales: análisis sistemático*, en AA.VV., *Derechos económicos, sociales y culturales*, Murcia, 1981, pág. 15-17

¹¹ La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local, pág. 229.

¹² “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”. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local, pág. 231.

positivas: la organización de un servicio público, organización del sistema educativo público, programas de desarrollo y capacitación, gestión pública de créditos diferenciales, entrega de subsidios, etc. La lógica de derechos no restringe las posibilidades del Estado de realizar políticas públicas como formas de realizar sus obligaciones, y siempre dependen de las estrategias de desarrollo nacional y de reducción de la pobreza. Otro aspecto importante se relaciona con las obligaciones jurídicas que imponen las normas de derecho internacional al Estado. El Estado siempre es responsable, responsabilidad de la cual nunca se podrá desligar, de hacer cumplir sus obligaciones, a pesar de que en su estrategia pueda planificar el cumplimiento de sus obligaciones mediante la intervención de terceros. Así, si el Estado decide reducir las esferas de participación del Estado como proveedor de bienes públicos (salvo las obligaciones mínimas cuando se trata de situaciones de extrema pobreza) respondiendo a un modelo económico liberal, siempre conservará una responsabilidad final por el impacto de las políticas (así no las ejecute directamente).

Políticas Públicas

El concepto políticas públicas presupone los conceptos de estado y sociedad civil. El desarrollo dinámico de ambos elementos marca de aproximación que se tenga de las políticas públicas. Así, hay una aproximación¹³ socio-céntrica¹⁴ que parte de la sociedad civil y otra estado-céntrica¹⁵ que parte de la estatalidad. También existen tendencias más eclécticas que buscan conciliar ambas aproximaciones, como el Neocorporativismo¹⁶ y el Neoinstitucionalismo¹⁷.

¹³ Según Yves Meny y Jean Claude Thoenig (1992) en Mendíaz, María Graciela, El Estado y las Políticas Públicas, Las visiones desde el Neoinstitucionalismo, Este trabajo sido realizado en el marco del Seminario de Doctorado "Lecturas para un Sociología del Estado: desde el pensamiento clásico al contemporáneo." Dr. Osvaldo Iazzetta. Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales. Universidad Nacional de Rosario. Calificación: 10 (diez) puntos. 2004.

¹⁴ representada por los modelos funcionalistas, marxistas y neomarxistas

¹⁵ esquemas de "autonomía insulada" y elección pública

¹⁶ El neocorporativismo surge como un concepto superador del corporativismo. Para el corporativismo el Estado es el actor preponderante. El Estado, mediante la articulación de los actores, afirma su posición como intermediario en un contexto de grupos socioeconómicos en conflicto. El neocorporativismo es una adaptación del sistema liberal democrático a la complejidad organizativa del Estado, asumiendo las naturales tendencias monopolocas y oligárquicas de los actores pero al mismo tiempo reconociendo el poder mutuo de cada actor y la posibilidad de influir en los demás. Entre los autores más reconocidos del neocorporativismo están Schmitter y Lehmbruch.

¹⁷ El institucionalismo considera a las instituciones como reglas de funcionamiento de la sociedad. Las instituciones son consideradas como recursos de los agentes y actores racionales. El neoinstitucionalismo se basa en el individualismo metodológico y parte de la premisa de que todos los resultados de las acciones humanas se explican por la acción individual cuyas interacciones en las

Entre los años 1950 y 1960 los estudios sobre política en Norteamérica se concentraron en la sociedad para entender la política y el gobierno. En ese sentido, corrientes como el pluralismo¹⁸ y el estructuralismo-funcionalismo son representativas.

Clasificación de las políticas públicas

Tipología desde el enfoque politológico Theodore Lowi¹⁹

Las políticas públicas son de cuatro tipos:	Regulatorias
	Distributivas
	Redistributivas
	Políticas constituyentes

Tipología desde las Ciencias Sociales Carlos Parodi²⁰

Sociales	Salud
	Educación
	Vivienda, etc.
Económicas	Fiscales (MEF)
	Monetarias o cambiarias (BCR)
De gestión	Planificación del gasto y gestión financiera
	Servicio civil y relaciones laborales
	Presupuesto y recaudación
	Organización y métodos
	Auditoría y evaluación

estructuras legitiman las instituciones. Son neoinstitucionalistas Douglas North, James G. March, Johann P. Olsen, Paul DiMaggio y Walter W. Powell.

¹⁸ El pluralismo surge como una reacción a las teorías que establecían que sólo el Estado era el depositario de la soberanía. Aparece en Francia (León Duguit) y en Inglaterra (Harold Laski) y llega a Estados Unidos funcionándose con las teorías de Bentley dando origen al pluralismo teórico de la ciencia política. El pluralismo se refiere a la variedad de intereses empíricamente observables (en este punto difiere del multiculturalismo en cuanto no desarrolla una teoría de la diversidad de identidades).

¹⁹ LOWI, Theodore. American Business, Public Policy, Case-Studies, and Political Theory. World Politics. USA, 1964, 16(4), pp. 677-715.

²⁰ PARODI, Carlos. Perú 1960-2000. Políticas económicas y sociales en entornos cambiantes. Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, Lima, 2003, p. 24.

Tipología de Políticas Públicas a partir
del marco normativo nacional Carlos Alza²¹

Por su proyección temporal	Políticas de Estado
	Políticas de Gobierno
Por su nivel de coordinación	Políticas sectoriales
	Políticas multisectoriales
	Políticas transectoriales
Por el nivel de gobierno	Políticas nacionales
	Políticas regionales
	Políticas locales

Elaboración propia: Carlos Alza

Principios de la jurisprudencia internacional con incidencia en las políticas públicas

I.- El principio de inclusión

El principio de inclusión se vincula directamente con la igualdad y la no discriminación. Garantizar la inclusión de grupos excluidos implica identificar las medidas de carácter discriminatorio o las políticas que hagan referencia a diferencias basadas en la raza o el sexo, con la finalidad de promover acciones positivas de inclusión social.

La Comisión Americana se pronunció sobre este principio en el caso “Morales de Sierra²²”. Interpretó el artículo 24 de la Convención estableciendo que ciertas formas de diferencia o distinción en el trato, por ejemplo, las que se basan en la raza o en el sexo, resultan sospechosas de ilegalidad y el Estado tiene que justificar razonablemente las mismas. En el caso mencionado, se obligó a Guatemala a reformar su Código Civil que otorgaba al esposo la administración exclusiva de la sociedad conyugal e imponía fuertes limitaciones para el trabajo de la mujer casada fuera del hogar. Las normas interamericanas son innovadoras ya que avanzan de una concepción formal de la igualdad (prohibición de diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias) a una concepción material (se reconoce que existen sectores de la población que requieren la adopción de medidas especiales de nivelación o equiparación).

Para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los sujetos históricos de discriminación y exclusión son:

²¹ <https://carlosalzarbarco.wordpress.com/2011/05/06/tipologia-de-politicas-publicas/>

²² <http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Guatemala11.625.htm>

- a.- Los pueblos indígenas²³.
- b.- Poblaciones afrodescendientes²⁴.
- c.- Mujeres en el ejercicio de derechos como la integridad física²⁵ y la participación política²⁶.

Otros sectores que también son vulnerables por la situación de desigualdad estructural son los niños en situación de riesgo o internación, los inmigrantes indocumentados, poblaciones desplazadas de su territorio, personas portadoras de VIH, etc. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha establecido que el Estado tiene la obligación de sancionar normas que protejan a estos grupos contra la discriminación adoptando medidas especiales que incluyen políticas activas de promoción. De esta forma el principio de inclusión y de no discriminación se vuelve parte de la política pública ya que los Estados, previamente a la formulación de la política debe definir cuáles son los sectores que requieren una atención primaria²⁷.

II.- Principio de participación y los derechos relacionados a la participación política.

El derecho a la participación no consiste sólo en la existencia de elecciones libres, periódicas y limpias. Existen ciertas condiciones previas que garantizan que este derecho se efectivice, como el derecho de asociación, de reunión, la libertad sindical, la libertad de expresión, el derecho a acceder a la información, etc. Sobre todo son necesarios para las poblaciones vulnerables que deben aprovechar el proceso político para incidir en los programas de los gobiernos y en las políticas públicas. Dentro de este sector de la población podemos encontrar a los indígenas, ya que en los últimos años, como consecuencia de la intensificación de las inversiones por la apertura del modelo económico, reclaman el derecho a participar en las decisiones que afecten sus territorios e identidad cultural. Así, la OIT mediante el Convenio 169 reconoció el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa y la Corte Interamericana ha establecido la

²³ Casos “Masacre de Plan Sánchez vs. Guatemala”, del 29 de abril de 2004; “Comunidad Moiwana vs. Suriname” del 15 de junio de 2005; “Comunidad Indígena Yakie Axa vs. Paraguay”, del 17 de junio de 2005.

²⁴ Caso “Simona André Diniz contra Brasil”, del 21 de octubre de 2006.

²⁵ Caso “María Da Penha Maia Fernández contra Brasil”, del 16 de abril de 2001.

²⁶ Caso “María Merciadri de Moroni contra Argentina”, del 11 de octubre de 2001.

²⁷ En el Perú como en la gran mayoría de países en vías de desarrollo no existen estadísticas desagregadas sobre grupos excluidos, lo cual genera un grave problema al momento de implementar políticas públicas dado que no se cuenta con información suficiente sobre el lugar y las personas donde se realizará la intervención. Un esfuerzo de recolección de información sobre discriminación racial es el trabajo de David Sulmont “La discriminación social en el Perú: Investigación y reflexión”, <http://alertacontraelracismo.pe/wp-content/uploads/2013/01/Razayeticidaddesdelasencuestassocialesdavidulsulmont.pdf>

obligación de los Estados²⁸ de disponer de mecanismos para que los pueblos indígenas sean consultados en todas aquellas cuestiones relativas a sus territorios ancestrales (en cuyo subsuelo se encuentran ingentes recursos naturales).

El derecho a la participación política también tiene una relación directa con el acceso a la información pública.

III.- El principio de rendición de cuentas y el derecho de acceso a la justicia.

La configuración de los derechos tiene como correlato la necesidad de elaborar mecanismos de exigibilidad que contribuyan a reforzar los espacios de fiscalización y control de las políticas. Y estos mecanismos van más allá del convencionalmente conocido (el sistema de administración de justicia): fiscalización y control ciudadano de las políticas, los espacios de relamo para usuarios y consumidores, control político, defensorías del pueblo, etc.

Los derechos humanos para ser preservados exigen contar con recursos judiciales que se activarán cuando se vulnere algún derecho fundamental. El Estado tiene la obligación de no sólo impedir el acceso a estos recursos (obligación negativa), sino también promover que todas las personas, especialmente aquellas que se encuentran en situación de pobreza o exclusión puedan acceder a esos recursos. Para lograr tal finalidad el Estado debe organizar un servicio de asistencia gratuita y procedimientos para exonerar de costos y costas²⁹.

Así, corresponde al Estado iniciar reformas orientadas a fortalecer el acceso a la jurisdicción y la participación social en la fiscalización de las políticas públicas. El acceso a la justicia permitirá la fiscalización de las políticas públicas, especialmente a grupos que en su implementación pueden ser afectados en sus derechos. Algunas de las acciones que actúan como medios de control de las políticas³⁰ y como forma de activación del proceso de rendición de cuentas son:

- Acciones de amparo colectivo

²⁸ Caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, 31 de agosto de 2001. También los casos “Plan Sánchez”, “Moiwana” y “Yakie Axa”. En el caso “Yatama” la Corte estableció la obligación de adoptar medidas positivas (de promoción) para que las comunidades puedan participar en decisiones sobre asuntos y políticas que inciden sobre sus derechos, y además que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización.

²⁹ En la Opinión Consultiva 18/03 (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados), la CIDH manifiesta expresamente la obligación del Estado de garantizar servicios jurídicos gratuitos para las personas sin recursos cuando resulte indispensable para garantizar el derecho al acceso efectivo a la justicia. La Corte establece que debe existir un trato igualitario entre las partes ya que las situaciones de desigualdad no contribuyen a garantizar el derecho al acceso a la justicia y al debido proceso (CIDH, OC 16/99, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal).

³⁰ Parte del check and balance.

- Acciones de tutela
- Mandatos de segurança (Brasil)
- Mandatos de injeção (Brasil)
- Acciones de clase
- Acciones declarativas de certeza
- Acciones de inconstitucionalidad
- Acción civil pública

Si bien estos recursos son ejecutados convencionalmente, amparados en el artículo 2531 de la Convención Americana (y que además tienen como fundamento el derecho a la participación), actualmente no existe un desarrollo preciso sobre los alcances de la obligación del Estado de asegurar los procedimientos de reclamo en los sistemas judiciales. Es necesario que se desarrolle una jurisprudencia sobre este tema. En la práctica el Sistema Internacional de Derechos Humanos ha aceptado recursos para la protección de derechos colectivos³², pero en cuanto al desarrollo teórico o jurisprudencial no se ha avanzado con respecto a la elaboración de principios y estándares.

³¹ Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

³² Por ejemplo el Caso “Instituto de Reeducción del Menor” (Sentencia de 2 de septiembre de 2004) frente a una situación colectiva de hacinamiento y trato inhumano en lugares de detención; el Caso “Hilarie vs. Trinidad y Tobago” (Sentencia de 1 de septiembre de 2001) sobre la posibilidad de plantear acciones de inconstitucionalidad contra normas contrarias a la Convención Americana; con respecto a los derechos de las comunidades indígenas de acceder a sus tierras ancestrales en los casos “Awás Tigni” (Sentencia de 31 de agosto de 2001) y “Yakie Axa” (Sentencia 17 de junio de 2005)

CONCLUSIONES

- Uno de los elementos más importantes en la incidencia de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos en las políticas públicas es el cambio de enfoque en el punto de partida de la elaboración de las políticas públicas: ya no se parte del reconocimiento de la existencia de ciertos sectores sociales que tienen necesidades no cubiertas, sino fundamentalmente la existencia de personas con derechos que puede ser exigidos o demandados. Así, se parte de la existencia de obligaciones jurídicas de parte de otros y la existencia de mecanismos de tutela, garantía o responsabilidad.
- Este cambio de enfoque rompe la clásica relación entre el Estado como sujeto prestador de bienes y servicios y los beneficiarios que actúan como clientes de una política asistencial. Se presta especial atención a la discrecionalidad del Estado en sus políticas asistenciales (desde deficiencias técnicas hasta utilización política de las mismas) y a los ciudadanos y su cobertura de derechos, con poder jurídico y social de exigir del Estado determinados comportamientos (justiciabilidad o exigibilidad judicial).
- Dentro del ciclo de la política pública se tiene que incorporar el ciclo del enfoque de derechos: el derecho, la obligación correlativa y la garantía. Es necesario elaborar mecanismos de seguimiento y responsabilidad que involucre a los actores de las políticas públicas.
- El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no contienen en sí un determinado diseño de políticas, sino estándares que sirven de marco a las políticas que cada Estado define. Los jueces tampoco dictan políticas públicas, sólo confrontan la política con los estándares jurídicos y si lo consideran pertinente, reenviar la cuestión a las autoridades competentes.