

Inclusión y gestión de la diversidad: hacia la afirmación de un modelo de inclusión desde el DIDH

Elizabeth Salmón*

1. INTRODUCCIÓN

En el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) no existe un contenido unívocamente establecido de inclusión. Por el contrario, el término mismo no aparece en las diversas normas ni pronunciamientos que lo componen. No obstante, esto no significa que la inclusión sea un concepto carente de contenidos y efectos jurídicos, pues creo que una lectura sistemática y evolutiva de sus disposiciones lleva a sostener —en la más prudente

* Profesora principal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y directora del Instituto de Democracia y Derechos Humanos (IDEHPUCP), directora de la Maestría en Derechos Humanos. Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla, España, y autora de varias publicaciones sobre derecho internacional público, derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y justicia transicional. Correo de contacto: La autora desea agradecer a Félix Reategui Carrillo por sus acertados comentarios y a Rita Zafra por su valioso apoyo en la elaboración de este texto.

Este texto se basa en una ponencia del mismo título que la autora brindó en el XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional y publicado Salmón, Elizabeth. Inclusión y gestión de la diversidad: Hacia la afirmación de un modelo de inclusión desde el DIDH. En: *Libro de Memorias XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2016, pp. 261-289.

de las lecturas— que la afirmación de los derechos humanos visibiliza la diversidad o, dicho en otros términos, imposibilita su negación o represión, hasta —en la más generosa de las interpretaciones— propugnar que el conjunto de obligaciones del DIDH configura en la actualidad un verdadero modelo de inclusión. En este sentido, puede entenderse a la inclusión como una garantía de que distintas colectividades tengan la oportunidad de acceder a derechos sin tener que renunciar a ser lo que son —adaptándose irrestrictamente al paradigma dominante—, o bien, como una apuesta por la participación como un proceso de respuesta “a la diversidad de necesidades de las personas a través de la modificación de estructuras, procesos y enfoques”.¹

Lo que planteo en este ensayo es que el DIDH delimita la capacidad estatal de decisión frente a la diversidad, pues impone un conjunto de obligaciones que no solo afirman la igualdad y no discriminación, sino que apuntan a la adopción de políticas públicas a favor de los grupos excluidos con un enfoque de derechos. En América Latina se ha planteado esto en términos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL), desde donde surge un nuevo paradigma respecto al rol de los tribunales internos para generar transformaciones, en el marco de una democracia constitucional.² La cuestión cardinal, en términos de García Jaramillo, “sería cómo el derecho positivo —la normativa y su concreción jurisprudencial—, tanto local como regional, y el derecho constitucional genérico construido en los últimos años, pueden realmente contribuir a transformar realidades sociales y políticas concretas”.³

En efecto, las diversidades múltiples necesitan un modelo de *gestión de la diversidad*⁴ que puede adquirir diversas formas. Lo

¹ UNESCO, *Guidelines for Inclusion. Ensuring Access to Education for All*, París, UNESCO, 2005.

² Bogdandy, A. von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, en *Revista de Derecho del Estado*, núm. 34, 2015, p. 23.

³ García Jaramillo, L., “Desafíos de la interamericanización del derecho: la contribución del *ius constitutionale commune*”, en *Revista de Derecho Público*, núm. 97, 2016, p. 353.

⁴ Tomo esta frase de Touraine, A., *Igualdad y diversidad: las nuevas tareas de la democracia*, 2ª ed., México, FCE, 2002, p. 46. Tradicionalmente, la “la

Inclusión y gestión de la diversidad...

que postulo es que la capacidad estatal de gestionar la diversidad se encuentra delimitada por este conjunto normativo y jurisprudencial del DIDH que configura un *modelo democrático de gestión de la diversidad*.

Este trabajo parte del reconocimiento de las diversidades múltiples y las formas —también múltiples— de gestionarla. Frente a ese panorama, se presenta el principio de igualdad y no discriminación y las medidas para hacerlas efectivas, lo que, en mi opinión, implica la obligación estatal de definir políticas públicas con un enfoque de derechos. Finalmente, analizo la idoneidad de la democracia representativa para albergar este modelo de inclusión y presento algunas ideas sobre los periodos de transición tras dictaduras y conflictos armados, como una oportunidad para plantear democracias inclusivas.

2. DIVERSIDADES MÚLTIPLES Y MULTIPLICIDAD DE FORMAS DE GESTIONARLAS

La diversidad no es un fenómeno de nuestro tiempo. En realidad, ha existido en diferentes momentos y lugares,⁵ pero lo que cambia contemporáneamente es nuestra conciencia de ella y la necesidad jurídica de reconocerla en todos los ámbitos. La inclusión es precisamente el proceso de respuesta “a la diversidad de necesidades de las personas, mediante el aumento de la participación a través de la modificación de estructuras, procesos y enfoques”.⁶ En suma, que se reconozcan las diferencias de manera explícita

gestión de la diversidad” ha sido un término utilizado en el ámbito corporativo laboral. Véase Wrench, J., “Diversity management”, en Vertovec, S. (ed.), *Routledge International Handbook of Diversity Studies*, Nueva York, Routledge, 2014.

⁵ Véase, por ejemplo, Heather, P., “Diversity and the Roman Empire”; Lafi, N., “Diversity and the nature of the Ottoman Empire: from the construction of the imperial old regime to the challenges of modernity”; Clarke, C., “Race and labour, forced and free, in the formation and evolution of Caribbean social structures” y otros en Vertovec, S. (ed.), *op. cit.*

⁶ UNESCO, *Guidelines for inclusion. Ensuring Access to education for all*, París, UNESCO, 2005, p. 13.

para que dichos grupos puedan expresar sus necesidades, intereses y perspectivas.⁷

En efecto, la utopía de la identidad única y hegemónica, casi siempre promovida y perpetuada por el propio Estado, dejó de ser una variable posible y hasta deseable. Resulta necesario entonces referirse a diversidades múltiples, y ya no solo a una identidad nacional, lo que a su vez genera la necesidad de contar con una gestión de la diversidad.

En ese sentido, ¿qué es la diversidad? Como afirma Koenig, todavía no se ha llegado a un concepto técnico y certero sobre qué es la diversidad.⁸ En el ámbito del discurso público y de las políticas, el concepto de diversidad no tiene un contenido claro, salvo para afirmar que la diferencia es aceptable o aceptada.⁹ No obstante, creo que es posible encontrar un punto de consenso cuando identificamos que la diversidad se trata de la coexistencia en un mismo marco institucional de grupos con características distintas del paradigma dominante. En cuanto a sus sujetos, se apunta a agrupaciones de personas que comparten características comunes como grupos que se consideran diversos.¹⁰ Ciertamente, existen identidades individuales —tantas como personas—, pero a lo que se apunta es a las individualidades en un sentido más estructural —colectivo, étnico, etc.—. En este sentido, como afirma Touraine:

[N]uestra identidad se funda cada vez menos sobre lo que hacemos y cada vez más sobre lo que somos, sobre nuestras necesidades, pero también, y en mayor medida, en la relación con nosotros mismos, en las relaciones interpersonales, en grupos de elección o en la comunidad de pertenencia.¹¹

⁷ Young, I. M., *Inclusion and Democracy*, Oxford University Press, 2000, p. 83.

⁸ Koenig, M., *Diversity Interview*, MPI MMG, disponible en <http://www.mmg.mpg.de/diversity-interviews/koenig/> cit. por Vertovic, Steven (ed.), "Introduction: formulating diversity studies", en Vertovec, Steven (ed.), *op. cit.*, p. 5.

⁹ *Ibidem*, p. 3.

¹⁰ Vera Lugo, J. P., "La jurisprudencia como campo de reflexión de la diversidad cultural: apropiación jurídica de nociones culturales", en *Universitas Humanística*, vol. 62, núm. 62, 2006, p. 207.

¹¹ Touraine, A., *op. cit.*, p. 49.

Inclusión y gestión de la diversidad...

A lo largo de la historia han existido distintos modelos o formas de enfrentar la diversidad. En un extremo se ubicaría la integración que pretende diluir la diferenciación y, en el otro, la exclusión que busca eliminarla del sistema, con multiplicidad de formas intermedias entre ambas. Lo interesante es que siendo modelos opuestos, hasta contradictorios, ambos son modelos anuladores de “la diversidad como problema” para el arreglo republicano. El modelo contemporáneo apunta a una inclusión democrática y respetuosa de las diversidades que propugna su plena participación.

La exclusión apunta a la uniformidad y se manifiesta en la marginación de grupos vulnerables y su apartamiento de la participación social y política, así como la violencia y la discriminación contra los mismos, lo que ciertamente puede conducir a la frustración, la hostilidad y el fanatismo.¹² Como afirma Gargarella, refiriéndose a la situación de los más pobres o esclavos, “la situación de desventaja no se debía, fundamentalmente, a su desdén o a su falta de voluntad, sino a una situación de relegamiento que el propio Estado les había impuesto por la fuerza”.¹³ En ese sentido, la exclusión a la que se ven expuestos diversos colectivos responde a una política del Estado que busca impedir que los diferentes grupos formen parte de una misma sociedad con los mismos derechos y deberes. De esta forma, la inclusión debe permitir que las personas obtengan una mayor libertad para elegir sus destinos, sin estar limitados por exclusiones ajenas a ellas.¹⁴

Un ejemplo histórico odioso de esta exclusión es la de la Alemania nazi, cuyas Leyes de Nuremberg de 1935¹⁵ imponían a los judíos una “muerte civil”, que los apartaba completamente de la

¹² UNESCO, Declaración de Principios sobre la Tolerancia, 16 de noviembre de 1995, art. 2.1.

¹³ Gargarella, R., *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860) Conclusiones: igualitarismo y constitucionalismo*, Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 270.

¹⁴ Iguíñiz Echeverría, J. M., “Inclusión/exclusión e perspectiva relacional y desarrollo humano”, en Tubino, F.; Romero, C. y González de Olarte, E. (eds.), *Inclusiones y desarrollo humano: relaciones, agencia, poder*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2014, p. 29.

¹⁵ En específico, Ley de la ciudadanía del Reich, que reconocía la misma solo a las personas de sangre alemana.

vida pública y que fue el antecedente del plan de exterminarlos físicamente. Años después, el régimen del *apartheid* en Sudáfrica significó la exclusión de un amplio sector de la población, mediante “actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la denominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente”.¹⁶ En Estados Unidos, por su parte, las leyes de *Jim Crow* crearon dos mundos paralelos que, aunque se decían formalmente iguales, creaban en los hechos graves situaciones de desigualdad de la población afroamericana.¹⁷

Estas formas, que llamaremos extremas y que revisten clara ilegalidad, coexisten con otras modalidades formalmente aceptables. El supuesto de las denominadas democracias consociativas puede resultar un buen ejemplo de ello. Estas funcionan en sociedades fragmentadas, a partir de la formación de coaliciones autónomas que representan a dichos segmentos de la población. Existe, además, un poder de veto mutuo de las minorías.¹⁸ Una de las grandes críticas al consociativismo es ser, “por definición, elitista [ya que], privilegiando el protagonismo de las élites de los diversos grupos, pospone la democratización de las sociedades multiétnicas, desatendiendo la dimensión competitiva y la creación de una ciudadanía dotada de derechos y garantías individuales”.¹⁹ Esto es porque, en estricto sentido, el consociativismo no busca la inclusión, sino la repartición del poder para la supervivencia del sistema.

En ese sentido, se pueden resumir las estrategias de regulación de la diversidad de la siguiente manera:²⁰

¹⁶ Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid, art. II.

¹⁷ Véase, Corte Suprema de los Estados Unidos, *Brown vs. Board of Education*, sentencia de 17 de mayo de 1954.

¹⁸ Andeweg, R., “Consociational democracy”, en *Annual Review of Political Science*, vol. 3, núm. 1, 2000, p. 513.

¹⁹ Maíz, R., “Los nacionalismos antes de las naciones”, en *Política y Cultura*, núm. 25, 2006, p. 105.

²⁰ O’Leary, B., “Governing diversity”, cit. por Vertovic, S., “Introduction: formulating diversity studies”, en Vertovec, S. (ed.), *op. cit.*, pp. 204 y 207. Estos modelos no son excluyentes entre sí, pueden adoptarse diferentes modelos respecto a distintos grupos.

Inclusión y gestión de la diversidad...

<i>Eliminación de la diversidad</i>	<i>Manejo de la diversidad</i>
<p>1. Genocidio Objetivos: puridad y seguridad Medios: exterminio.</p>	<p>1. Control Objetivos: preservar la dominación jerárquica. Medios: organización del grupo dominante, desorganización de los dominados.</p>
<p>2. Homogenización Objetivos: seguridad, solidaridad, coordinación, eficiencia. Medios: asimilación (fusión o aculturación) o integración (privatización de la diferencia).</p>	<p>2. Acomodación <i>Centripetalismo</i> Objetivos: coexistencia basada en la moderación de la mayoría. Medios: separación de poderes y atracción de votos mediante la moderación. <i>Consociación</i> Objetivos: coexistencia basada en la igualdad de grupos e igualdad de intereses en la seguridad. Medios: reparto del poder inclusivo, autonomía, proporcionalidad y derechos de veto.</p>
<p>3. Expulsión Objetivos: puridad y seguridad Medios: “limpieza” del territorio.</p>	<p>3. Arbitración Objetivos: coexistencia basada en la igualdad de grupos que trabajan como socios, seguridad, equidistancia de todas las religiones con relación al Estado, como mediador. Medios: mediación o adjudicación (permanente o transicional), puede incluir ajustes territoriales.</p>
<p>4. Monismo territorial Objetivos: puridad, seguridad o evitar los costos de la acomodación. Medios: decolonización, pérdida de territorios, uniformización administrativa.</p>	<p>4. Pluralismo territorial Objetivos: manejo de la diversidad mediante el reparto territorial del poder. Medios: acuerdos particulares, estados federativos, representación interestatal de distintas nacionalidades.</p>

Si bien es cierto que las democracias, por su propia naturaleza, suponen un terreno más propicio para las políticas de inclusión, estas no son ajenas a formas de exclusión más o menos sutiles. De hecho, si discutimos sobre la inclusión, es porque aún existen grandes niveles de exclusión en un marco de difusión del modelo democrático.

2.1. ¿CUÁL ES LA RELACIÓN ENTRE TOLERANCIA E INCLUSIÓN? UNA PRECISIÓN NECESARIA

En 1995, los Estados miembros de la UNESCO adoptaron la Declaración de Principios sobre la Tolerancia, cuya definición se superpone conceptualmente con la inclusión:

1.1 La tolerancia consiste en el respeto, la aceptación y el aprecio de la rica diversidad de las culturas de nuestro mundo, de nuestras formas de expresión y medios de ser humanos. La fomentan el conocimiento, la actitud de apertura, la comunicación y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. La tolerancia consiste en la armonía en la diferencia. No solo es un deber moral, sino además una exigencia política y jurídica. La tolerancia, la virtud que hace posible la paz, contribuye a sustituir la cultura de guerra por la cultura de paz.

[...]

1.3 La tolerancia es la responsabilidad que sustenta los derechos humanos, el pluralismo (comprendido el pluralismo cultural), la democracia y el Estado de derecho. Supone el rechazo del dogmatismo y del absolutismo y afirma las normas establecidas por los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos.

No obstante, desde la doctrina, se plantea que se tolera solo aquello que en principio disgusta. Por ello, la tolerancia implica un acto intencional y no la simple falta de interés o despreocupación por las diferencias existentes.²¹ En esta línea, el concepto “tolerancia” puede connotar acepciones negativas como el pater-

²¹ Garzón Valdés, E., “El sentido actual de la tolerancia”, en Giusti, M. (coord.), *Tolerancia. Sobre el fanatismo, la libertad y la comunicación entre culturas*, Lima, Centro de Estudios Filosóficos/Fondo Editorial PUCP, 2015, p. 28.

Inclusión y gestión de la diversidad...

nalismo, la falta de empatía intercultural, la falta de conciencia, entre otras.²² En cualquier caso, y más allá de la nomenclatura, llama la atención que esta primera ocasión en que los Estados definen la tolerancia, lo hagan desde una perspectiva poco acorde con la idea contemporánea de inclusión.

En primer lugar, se alude al término “multicultural” en la Declaración de Principios sobre la Tolerancia.²³ La multiculturalidad es diferente de la interculturalidad en el sentido de que apunta al reconocimiento de la diferencia, mientras que la segunda es la convivencia de la diversidad.²⁴ En esta línea, se puede afirmar que la perspectiva intercultural se ha vuelto necesaria debido a las limitaciones, errores y fracasos del multiculturalismo.²⁵ La principal ventaja o aporte del interculturalismo se basa en su énfasis en la interacción entre los sujetos o entidades culturalmente diferenciadas, al proponer “algo sustantivo sobre el deber ser de las relaciones interétnicas, más allá de que deben ser relaciones no discriminatorias entre iguales y basadas en el respeto y la tolerancia”.²⁶ Mientras que el multiculturalismo busca integrar la diversidad en los espacios públicos, el interculturalismo propone interculturalizarlos.²⁷ Esto último implica que el espacio público en sí mismo quede definido —materialmente, funcionalmente, simbólicamente, utilitariamente, etc.— por diversas orientaciones culturales. Eso resulta distinto a tener un espacio público definido monoculturalmente, pero en el cual se tolera que todos estén presentes.

²² Lenzerini, F., *The Culturalization of Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 226.

²³ Art. 2 La función del Estado.
2.3 Para que reine la armonía internacional, es esencial que los individuos, las comunidades y las naciones acepten y respeten el carácter *multicultural* de la familia humana. Sin tolerancia no puede haber paz, y sin paz no puede haber desarrollo ni democracia.

²⁴ Giménez Romero, C., “Pluralismo, multiculturalismo e interculturalidad”, en *Educación y Futuro: Revista de Investigación Aplicada y Experiencias Educativas*, núm. 8, 2003, p. 13.

²⁵ *Ibidem*, p. 15.

²⁶ *Ibidem*, p. 16.

²⁷ Tubino, F., “Inclusión en la participación y políticas de reconocimiento”, en Tubino, F.; Romero, C. y González de Olarte, E. (eds.), *op. cit.*, p. 151.

De esta manera, la inclusión busca que todos los actores relevantes participen dentro del proceso de transformación de las instituciones, para poder solucionar problemas de una manera más justa.²⁸

La concepción multicultural del respeto por los derechos humanos corresponde con la idea de la tolerancia como la respuesta a la cuestión de la diversidad de identidades. En esta misma línea, el concepto de tolerancia implica considerar aquello que se quiere “tolerar” como algo ajeno a uno mismo, que se encuentra en una esfera diferente a la propia.²⁹

La tolerancia solo es necesaria cuando en un mismo sistema no se acoge la diversidad como algo propio. Implica entonces, reconocer que aquello que se “tolera” no es parte del propio sistema normativo. La tolerancia exige como requisito que se haga un distanciamiento con aquel valor o norma que se busca tolerar. Generalmente, implica tener la voluntad de “dejar ser”, pero no de establecer una relación con el otro, lo que constituye una aproximación inadecuada frente a la inclusión.³⁰

Dentro de una lógica de derechos humanos, en consecuencia, la tolerancia no es la mejor opción para garantizar la inclusión. Si solo se “tolera la diversidad”, significa que no se le acepta como perteneciente o propia del sistema normativo de nuestra sociedad. El DIDH implica, por otro lado, que la tutela de la diversidad sea entendida como propia de este sistema normativo, esto es, incorporar al propio sistema normativo la diversidad existente

²⁸ Young, I. M., *op. cit.*, p. 12.

²⁹ Garzón Valdés, E., *op. cit.*, p. 27. Para este autor: “El concepto de tolerancia está doblemente referido a sistemas normativos. Por una parte, solo puede hablarse de tolerancia cuando quien tolera está dispuesto a permitir la realización de un acto o una actividad prohibidos en el sistema que los regula. Este sistema puede ser llamado «sistema normativo básico». A menos que este sistema normativo sea contradictorio, es decir, deónticamente patológico, por prohibir y permitir un acto o actividad en las mismas circunstancias, el levantamiento de la prohibición solo puede lograrse recurriendo a otro sistema normativo al que se propone llamar «sistema normativo justificante». Es él el que proporciona las razones para el levantamiento de la prohibición. El fundamento de la tolerancia no es, pues, nunca *intra* sino *intersistémico*”.

³⁰ Young, I. M., *op. cit.*, p. 225.

en la sociedad. En esta perspectiva, el concepto de tolerancia es insuficiente para satisfacer todas las necesidades de la diversidad de grupos y personas existentes en la sociedad en un marco de igualdad y no discriminación.

3. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y LAS MEDIDAS PARA HACERLAS EFECTIVAS

3.1. La igualdad y no discriminación como derechos sustanciales de carácter imperativo

Una vez afirmado que el concepto de tolerancia no es suficiente para una protección integral de la diversidad de las personas en el DIDH, es necesario encontrar una base dentro de esta misma rama del derecho internacional que fundamente la obligación de inclusión de la diversidad. En mi opinión, esta base es el principio de igualdad y no discriminación.

La importancia de esta problemática se explica en el contexto de la región latinoamericana, en donde aún persisten “profundas desigualdades sociales y político-económicas, leídas tanto en clave de distribución como de falta de reconocimiento”.³¹ En este contexto, el DIDH tiene una coincidencia material con el antes mencionado *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL), pues este surge con el objetivo de “garantizar a escala regional la realización de las promesas centrales de las constituciones estatales”,³² para lo cual el principio de igualdad es concebido de manera tal que requiere acciones por parte de un Estado social para superar las desigualdades sociales, distinguiéndose de la mera prohibición de discriminación.³³

³¹ Clérico, L. y Aldao, M., “De la inclusión como igualdad en clave de redistribución y reconocimiento: rasgos, potencialidades y desafíos para el derecho constitucional interamericano”, en Bogdandy, A. von; Fix-Fierro, H. y Morales Antoniazzi, M. (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM-Max-Planck Institut-Instituto Iberoamericano de Derechos Constitucional, 2014, p. 220.

³² Bogdandy, A. von, *op.cit.*, p. 15.

³³ *Ibidem*, p. 19.

Empiezo afirmando que el derecho a la igualdad y no discriminación es uno de naturaleza compleja que irradia a todo el DIDH.³⁴

3.1.1. *Fundamento*

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la “dignidad esencial de la persona”.³⁵ Como señala Schachter, se ha convertido en un valor elemental aceptado ampliamente por todas las culturas, lo cual se ve reflejado en las múltiples referencias a la dignidad de las personas que se encuentran en una serie de resoluciones y declaraciones internacionales, así como en constituciones y proclamaciones nacionales.³⁶

Con base en la definición de discriminación establecida en diferentes instrumentos internacionales, como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, el Comité de Derechos Humanos afirmó que, tal como se emplea en el Pacto, “discriminación” es: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.³⁷

³⁴ Véase art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los arts. 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité de Derechos Humanos, observación general 18, 10 de noviembre de 1989, y Comité de Derechos Humanos, observación general 31, 26 de mayo de 2004.

³⁵ Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, opinión consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, Serie A, núm. 4, párr. 55.

³⁶ Véase Schachter, O., “Human dignity as a normative concept”, en *American Journal of International Law*, núm. 848, 1983.

³⁷ *Ibidem*, párr. 7.

3.1.2. *Derecho de contenido complejo*

Es necesario, no obstante, precisar que el derecho a la igualdad es distinto del derecho a la no discriminación. Tradicionalmente, la prohibición de discriminación ha sido considerada como el lado negativo del derecho a la igualdad. Se entendía que todo acto contrario al derecho a la igualdad era un acto discriminatorio. Sin embargo, el derecho a la igualdad permite que existan distinciones y estas no configurarían actos discriminatorios. Ahora bien, esto será posible si las diferencias tienen como base cuestiones consideradas como de opción individual o que dichas diferenciaciones tengan como objeto concretizar y efectivizar valores sociales imperiosos u otros derechos. En consecuencia, solo existe discriminación cuando se da una distinción de cualquier tipo entre personas o grupos en situaciones similares, sin que medie una razón objetiva y razonable para tal distinción.

En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) contiene dos artículos sobre el derecho a la igualdad y no discriminación: el artículo 1.1, que establece que los derechos contenidos en la Convención se deben gozar y ejercer “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”; y el artículo 24, que recoge el derecho a la igualdad ante la ley. El uso “sin discriminación alguna” en el artículo 1.1 exige que este criterio deba estar presente en todos los casos concretos de “respeto” y “garantía” de los derechos consagrados en la CADH. Respecto al artículo 24, debe resaltarse que el surgimiento de la noción de igual protección de la ley sin discriminación es una respuesta a la necesidad de incluir dentro de la protección del DIDH a grupos que inicialmente no lo estaban.

3.1.3. *Carácter de jus cogens*

A la vez, cabe mencionar que los principales instrumentos internacionales de derechos humanos distinguen, dentro de sus disposiciones, un grupo de normas mínimas no pasibles de sus-

pensión en ninguna circunstancia o lugar.³⁸ Estas normas constituyen un verdadero núcleo duro de derechos humanos, absolutos e inderogables, que adquieren el valor jurídico de normas imperativas o *jus cogens*.³⁹ En relación con el principio de igualdad y no discriminación propiamente, debe considerarse que todos los tratados sobre derechos humanos que permiten que los Estados suspendan derechos en caso de emergencia nacional incluyen un requisito de no discriminación en las disposiciones pertinentes; en otras palabras, el principio de igualdad y no discriminación se ubica como un presupuesto indispensable e inderogable para la suspensión de algún derecho.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), por ejemplo, establece que cualquier medida impuesta por un Estado, luego de proclamar oficialmente la existencia de una situación excepcional, “no entrañe discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social” (art. 4). Por su parte, el texto del artículo 27 de la CADH y del artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales es bastante similar. En tal sentido, se observa que dichos instrumentos internacionales consideran como parte del núcleo duro de los derechos humanos a la prohibición de discriminación.

De otro lado, el carácter imperativo o de *jus cogens* del principio de igualdad y no discriminación ha sido reconocido expresamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) mediante su opinión consultiva 18, en la cual señaló que:

En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional

³⁸ Véase art. 4.2 del PIDCP, art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁹ Salmón, E., “El orden público internacional y el orden público interno desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”, en *Revista Themis*, núm. 51, 2005, p. 153.

Inclusión y gestión de la diversidad...

y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.⁴⁰

3.1.4. Superación de la igualdad formal en pro de la igualdad real

Ahora bien, el derecho admite que brindar un trato formalmente igualitario a todos los grupos puede originar una mayor discriminación que la que existía inicialmente. Es necesario, por tanto, realizar el test de igualdad para establecer si un trato diferenciado es legítimo o no: primero se debe identificar la finalidad del trato, luego se analiza la legitimidad de dicha finalidad y, finalmente, se decide si el criterio de diferenciación es adecuado y proporcionado frente a dicha finalidad.

El artículo 24 de la CADH también incluye la cláusula de criterios prohibidos —aquellos criterios que históricamente han sido motivos de discriminación—, la cual conlleva las siguientes consecuencias: (i) la extensión de la prohibición de discriminación recogida en el artículo 1.1 a todos los derechos extraconvencionales y a todo el derecho interno de los Estados, y (ii) la incorporación de un test de igualdad más estricto para las distinciones fundadas en las “categorías sospechosas”.

⁴⁰ Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18, párr. 101. Reiterado posteriormente en *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 94.

3.1.5. Incluye la adopción de acciones positivas

En esta misma línea, la observación general 4 del Comité de Derechos Humanos, luego reemplazada por la observación general 31, señalaba expresamente en su párrafo 2 que el artículo 3 del PIDCP requiere “no solamente medidas de protección, sino también una acción positiva destinada a garantizar el disfrute real de los derechos”. En efecto, puede afirmarse que existe una obligación de los Estados de adoptar medidas especiales para corregir desigualdades respecto a determinados grupos históricamente discriminados. Por ejemplo, la Corte IDH ha reafirmado esta obligación en casos respecto a la violación de derechos de las personas con discapacidad.⁴¹ En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado que, en virtud del principio de igualdad, existen determinadas circunstancias, como funciones públicas reservadas para mujeres,⁴² en las que se exige a los Estados adoptar disposiciones positivas con el fin de reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan la perpetuación de la discriminación.

En consecuencia, el DIDH urge a los Estados a respetar y garantizar los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción, en igualdad de condiciones. En ese sentido, esta obligación no puede ser llevada a cabo sin una perspectiva inclusiva, que conciba a todas las personas y colectivos, en toda su diversidad, como sujetos con los mismos derechos. En consecuencia, no sorprende que la igualdad sea siempre presentada como un principio inclusivo.⁴³

Se trata, sin duda, del reconocimiento de aquellas personas diversas a uno mismo como sujetos que tienen los mismos derechos. Pero no solo eso, sino que, como forman parte del mismo

⁴¹ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopez vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 141.

⁴² Comité de Derechos Humanos, comunicación 943/2000I, párr. 9.3, *Caso Guido Jacobs vs. Bélgica*. El Comité consideró que los Estados pueden adoptar medidas para que se garantice a las mujeres el derecho de acceso a las funciones públicas en igualdad con los hombres, tal como el establecimiento de un número de puestos reservados a mujeres.

⁴³ Spencer, S., “Equity for whom?”, en Vertovec, S. (ed.), *op. cit.*, p. 216.

Inclusión y gestión de la diversidad...

sistema normativo, se convierten también en sujetos de derechos pertenecientes al sistema de protección de derechos humanos y lo ayudan a construir. No se trata, entonces, de la construcción de una sociedad en la que se tiene que “tolerar” a ciertos elementos que presentan rasgos diferenciados, sino de la configuración de una sociedad y de sus valores con la participación de todas las personas, logrando un Estado inclusivo que, idealmente, logre erigirse con su participación, y no que únicamente los acomode de manera incidental.

Estamos ante una concepción de igualdad basada únicamente en la condición propia de ser humano. Como afirma Touraine:

Solo así los términos igualdad y diferencia se vuelven complementarios e inescindibles. Somos iguales entre nosotros solo porque somos diferentes los unos de los otros. Por el contrario, si definimos la igualdad a partir de las creencias comunes, advertiremos fácilmente minorías, y aun mayorías, que no las comparten y que desde ese momento consideraremos inferiores.⁴⁴

3.2. Igualdad, no discriminación y políticas públicas

Bajo estos parámetros, la igualdad funciona como norma, estrategia y aspiración.⁴⁵ Esta inclusión, basada en la igualdad real más allá de la tolerancia, implica que el Estado tiene que tomar acciones concretas a través de políticas públicas para garantizar el disfrute de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción en igualdad de condiciones. Esto se manifiesta, por ejemplo, en el artículo 2 de la CADH, que consagra el deber de adoptar medidas de derecho interno para garantizar los derechos contenidos en dicha Convención. De la jurisprudencia de la Corte IDH, además, se puede inferir que la misma avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural, partiendo del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales, por lo cual el Estado debe abandonar su

⁴⁴ Touraine, A., *op. cit.*, p. 63.

⁴⁵ Cooper, D., *Challenging Diversity. Rethinking Equality and the Value of Difference*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 196.

neutralidad y contar con herramientas de diagnóstico social para poder identificar estos grupos.⁴⁶

Entendida como “una serie de decisiones o de acciones, intencionalmente coherentes, tomadas por diferentes actores, públicos y a veces no públicos, [...] a fin de resolver de manera puntual un problema políticamente definido como colectivo”,⁴⁷ la política pública cuenta con las siguientes fases:⁴⁸ a) fase de agenda o establecimiento de una agenda, que consiste en la identificación de los problemas públicos que sean prioritarios y que ameriten la actuación del Estado para resolverlos; b) diseño o establecimiento de las directrices básicas de la política pública, que implica el planteamiento de la forma como se realizará la misma, definiéndose la visión, los objetivos y las metas; c) implementación o puesta en marcha de los procesos y actividades planificadas, utilizando para ello los recursos y dispositivos previstos en el diseño, y d) evaluación o verificación de si el diseño fue implementado y si dicha implementación cumplió con las metas y objetivos planteados.

Como puede apreciarse, los derechos humanos sirven para determinar los temas de la agenda. En ese sentido, lo primero será el reconocimiento de la existencia de los grupos diversos que cuentan con características propias, diferentes a la “norma”. Asimismo, este reconocimiento debe comprender que estas diferencias implican que cada grupo “diverso” cuente con necesidades propias y particulares.

En este sentido, el reto no se restringe solamente al ámbito en el cual el grupo presenta la divergencia con el resto de la sociedad. En el caso de las personas con discapacidad física, por

⁴⁶ Abramovich, V., “De las Violaciones Masivas a los Patrones Estructurales: Nuevos Enfoques y Clásicas Tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 6, núm. 11, 2009, p. 18.

⁴⁷ Subirats, J. y Dente, B., *Decisiones públicas*, Barcelona, Ariel Ciencias Sociales, 2014, p. 36.

⁴⁸ Parsons, W., *Una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*, México, 2007, cit. por Alza, C., *Del ciclo de políticas a las funciones gerenciales*, Blog Valor Público, publicado el 13 marzo 2013, disponible en https://carlosalzarbarco.wordpress.com/2013/03/13/funciones_gerenciales/

ejemplo, se debe tomar en cuenta que los derechos que son posiblemente vulnerados no se restringen únicamente a la accesibilidad física a ciertos lugares y servicios, sino que esto redundaría en la afectación de otros derechos, como el derecho al trabajo, a la educación, entre otros. Otro caso interesante en donde podemos evidenciar esta necesidad de conocer todos los aspectos en los cuales el hecho de pertenecer a un grupo determinado afecta la vida de las personas es el relacionado con los grupos LGBT. Aunque se puede pensar en un inicio que el derecho al matrimonio y derechos conexos son aquellos derechos que se ven afectados por la exclusión que sufren las personas LGBT, recientes estudios demuestran que, como se ha afirmado en líneas anteriores, esta aproximación resulta limitada e insuficiente.⁴⁹

3.3. Políticas públicas con enfoque de derechos

¿Cuál es el método que mejor permite llegar a la inclusión de los grupos que se reconocen como diversos dentro de la dinámica de las políticas públicas? Ciertamente, el DIDH no contiene un determinado diseño de políticas públicas, sino que constituye, como afirma Abramovich, un marco para las políticas públicas que los Estados deben adoptar.⁵⁰ De esta forma, las dotan de

⁴⁹ Entre estos estudios resalta el realizado por la *Equality and Human Rights Commission* de Gran Bretaña. Dicho estudio se centra en la necesidad de recolectar información sobre las características propias de las vidas de las personas LGB —lesbianas, gays y bisexuales—, para poder identificar cuáles son sus necesidades particulares en lo respectivo a los servicios públicos. La falta de información sobre estas necesidades particulares se debe a la invisibilización de la vida de estas personas, como lo afirma la misma Comisión: “Tradicionalmente, la orientación sexual ha sido vista como un asunto privado pero sin evidencia clara sobre dónde viven las personas lesbianas, gay y bisexuales, dónde trabajan, cuáles son sus experiencias y necesidades de servicios públicos, falta una pieza clave del rompecabezas. La evidencia es clave para lograr que los servicios reflejen las experiencias de todos y satisfagan sus necesidades”. *Equality and Human Rights Commission, Beyond tolerance. Making sexual orientation a public matter*, Londres, Equality and Human Rights Commission, 2009, p. 3.

⁵⁰ Abramovich, V., Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo de América Latina, Documento preparado

direccionabilidad —fase de agendación— y legitimidad —fase de implementación—. ⁵¹

En la práctica contemporánea de las Naciones Unidas, por ejemplo, esta relación entre derechos humanos y políticas públicas ha generado una metodología específica de elaboración de políticas públicas que recibe el nombre de Enfoque Basado en Derechos Humanos (en adelante, EBDH).

En efecto, desde 1997, el secretario general de las Naciones Unidas (ONU) señaló que la misión de dicha organización debía reorientarse de modo que la realización de los derechos humanos fuera el fin último de la misma. ⁵² En 1998, en el marco de los cincuenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el secretario general, a través de la oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), solicitó a todas las agencias de la organización que manifestaran de qué manera estaban contribuyendo o podrían contribuir a la realización de los derechos humanos, para lo que se adoptó un marco conceptual y práctico que se denominó EBDH. Por ello, este se fundamenta en estándares del DIDH y está dirigido operativamente a los promotores y protectores de estos derechos. ⁵³

En esa línea, el EBDH busca fortalecer los objetivos de desarrollo y bienestar humano a partir del trabajo de las agencias de las Naciones Unidas y brindar, por este medio, un mejor soporte a

para “Derechos y Desarrollo en América Latina: Una Reunión de Trabajo”, Santiago de Chile, diciembre 9 y 10 de 2004, p. 2.

⁵¹ Salmón, E., “El largo camino de la lucha contra la pobreza y esperanzador encuentro con los derechos humanos”, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 4, núm. 7, 2007, p. 167.

⁵² En 1997, el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan entregó el informe Renovación de las Naciones Unidas: Un programa para la reforma (A/51/950), en el cual llamó a integrar los derechos humanos en toda la gama de las actividades de la ONU (párrs. 78-79). En el ámbito regional, el Consejo de la Unión Europea, emitió el documento denominado Council conclusions on a rights-based approach to development cooperation, encompassing all human rights, 19 de mayo del 2014.

⁵³ Tomado de la sección Human Rights in Development de la página web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, disponible en <http://www.unhcr.ch/development/approaches.html>

Inclusión y gestión de la diversidad...

los Estados para el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos. No obstante, dado que son las acciones del Estado las que crean las condiciones en las cuales los pobres y otros actores toman decisiones, la metodología tiene que estar dirigida también al Estado, puesto que es allí desde donde mejor se pueden generar cambios reales.⁵⁴ Así entendido, los objetivos del EBDH no se limitan a mejorar el trabajo de las agencias, sino en última instancia, a “lograr que las entidades a cargo del diseño, implementación y ejecución de las políticas públicas se apropien de la metodología no solo como procedimiento de evaluación y seguimiento permanente, sino fundamentalmente, como una guía para reformular las políticas públicas desde una perspectiva de derechos humanos”.⁵⁵

En el caso peruano, el propio Estado define el EBDH como “una aproximación conceptual y metodológica basada en los estándares y principios de derechos humanos que sostiene que el desarrollo debe orientarse a promover y proteger los derechos humanos, para que sean ejercidos plenamente por todas las personas”.⁵⁶ En ese sentido, implica un cambio en la forma en que se diseñan e implementan las políticas públicas, debido a que las personas dejan de ser consideradas “beneficiarias” para ser consideradas “titulares de derechos”, y el Estado deje de ser considerado un “proveedor de servicios” para ser considerado un “titular de obligaciones”.⁵⁷ En este sentido, el EBDH busca empoderar a los sectores excluidos mediante el reconocimiento de sus derechos.⁵⁸ Es decir, el EBDH convierte los objetivos del desarro-

⁵⁴ Narayan, D. (ed.), *Empoderamiento y reducción de la pobreza*, Colombia, Banco Mundial-Alfaomega Colombiana, 2002, p. xi.

⁵⁵ Pérez Murcia, L. E., “Seguimiento y evaluación de políticas públicas en perspectiva de derechos humanos: la experiencia de la Defensoría del Pueblo de Colombia”, ponencia presentada en el XIV Curso Internacional-El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas, Santiago de Chile, del 9 al 13 de junio de 2003.

⁵⁶ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Formulación de políticas públicas y proyectos de desarrollo. Guía para aplicar el enfoque basado en derechos humanos (EBDH)*, Lima, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013, p. 15.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 17.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 10.

llo en derechos de la persona y define la responsabilidad de los titulares de obligaciones de conformidad con las normas de los derechos humanos. Esto implica que los procesos de “desarrollo y los planes y políticas públicas se insertarán dentro del sistema internacional de protección de derechos humanos, amparados por el derecho internacional, y que entiende el desarrollo como el proceso por el cual los ciudadanos ejercen sus derechos y participan del espacio público para que los que tienen obligación de actuar —especialmente instituciones públicas— cumplan con sus deberes”.⁵⁹ En este sentido, ejemplos como la creación de instituciones encargadas de la promoción y protección de ciertos grupos identificados como vulnerables, en el caso del Perú, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), es necesaria y beneficiosa. En cualquier caso, y más allá de la existencia de instituciones *ad hoc*, resulta indispensable la integración del EBDH en el diseño de políticas públicas de manera transversal para conseguir un Estado inclusivo.

Se entiende que el EBDH cuenta con tres principios transversales: el de igualdad y no discriminación, el de participación e inclusión y el de transparencia y rendición de cuentas. Los dos primeros principios son esenciales en la línea en la que se desarrolla el presente trabajo. El principio de igualdad y no discriminación requiere que se identifiquen los grupos en condiciones de vulnerabilidad y su situación particular respecto a los derechos involucrados en la política a desarrollar. También implica que se asegure su involucramiento y participación en la implementación.⁶⁰ Por otra parte, el principio de participación e inclusión exige que se identifiquen los espacios, momentos y mecanismos para asegurar la participación de los titulares de derechos en el proceso de formulación, y que además también se precisen los mecanismos para desarrollar sus capacidades para participar en el proceso y para conocer y reclamar sus derechos.⁶¹

⁵⁹ Bregaglio, R.; Constantino, R. y Chávez, C., *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos en el Perú. El Plan Nacional de Derechos Humanos y las experiencias de planes regionales en derechos humanos*, Lima, IDEHPUCP, 2014, p. 21.

⁶⁰ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 22.

⁶¹ *Idem.*

Inclusión y gestión de la diversidad...

Bajo esta perspectiva, la legitimidad de una medida depende del grado en el cual aquellos que se ven afectados por ella tuvieron participación en el proceso de toma de decisión y la oportunidad que tuvieron para influenciar los resultados.⁶² Y es que, siguiendo a Habermas, es necesario que aquellos individuos que se vean afectados participen en el discurso público y justifiquen aquello que constituya un trato igualitario o no.⁶³ Si todos aquellos afectados participan del proceso de diseño de la política pública de forma igualitaria y sin discriminación, la política resultante será más idónea.⁶⁴

Considero que esta nueva aproximación a la elaboración de políticas públicas deviene necesaria para generar el mejoramiento de relaciones inadecuadas —laborales, en el hogar o de acceso a servicios y ciudadanía— y el reforzamiento cotidiano de la inclusión de las personas o grupos focalizados en diversas relaciones sociales.⁶⁵ Asimismo, se enriquece con los estándares existentes en el DIDH⁶⁶ y se vuelve una forma de hacerlos cumplir. Por tanto, creo que la afirmación plena de los derechos humanos pasa necesariamente por afirmar un contenido amplio y dinámico de la igualdad y no discriminación como normas imperativas que tienen consecuencias concretas en la generación de políticas públicas con un enfoque de derechos humanos.

4. INCLUSIÓN Y DEMOCRACIA O HACIA UNA INCLUSIÓN DEMOCRÁTICA

El modelo de inclusión que se deriva del DIDH encuentra en el sistema democrático el ámbito de aplicación más acorde con sus características. Ciertamente, el proyecto democrático es inclusivo por definición, aunque no estático, por lo que dependerá

⁶² Young, I. M., *op. cit.*, pp. 5-6.

⁶³ Habermas, J., *The Inclusion of the other. Studies in Political Theory*, C. Cronin y P. De Greiff (eds.), Massachusetts, MIT Press, 1998, p. 210.

⁶⁴ Young, I. M., *op. cit.*, pp. 29-30.

⁶⁵ Iguíñiz Echeverría, J. M., *op. cit.*, p. 32.

⁶⁶ Abramovich, V., Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo de América Latina, *...cit.*, p. 24.

del modelo de ciudadanía y concepto de ciudadano que postule —moderno, individual, racional, liberal, economicista, etc.— que la democracia termine configurándose como más o menos incluyente. En todo caso, para ser coherente, no puede poseer formas institucionalizadas y culturalmente legitimadas de exclusión, como la exclusión de la participación de individuos y de grupos sociales menospreciados injusta y sistemáticamente.⁶⁷

En la práctica de nuestra región, además, la idea de inclusión se encuentra inevitablemente vinculada a las de democracia y derechos humanos, visión que se apoya en los instrumentos jurídicos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De aquí se desprende que si bien la democracia representativa se centra en la participación de la población en la elección de los gobernantes,⁶⁸ la naturaleza de la democracia representativa no se agota con esta concepción, sino que, también y fundamentalmente, genera un marco apropiado para que los Estados cumplan, a nivel interno, con las obligaciones de respeto y garantía de todos los derechos humanos.⁶⁹

De los instrumentos a nivel interamericano que recogen esta vinculación entre democracia y derechos humanos se puede mencionar la Carta Democrática Interamericana, en cuyo preámbulo se afirma que:

La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.⁷⁰

⁶⁷ Tubino, F., “Inclusión en la participación y políticas de reconocimiento”, ... *cit.*, p. 143.

⁶⁸ Peruzzoti, E., “La democracia representativa como política mediada: repensando los vínculos entre representación y participación”, en *Debates en Sociología*, núm. 33, 2008, PUCP, p. 10.

⁶⁹ Salmón, E., “El buen gobierno en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su relevancia para el Estado Peruano”, en Castro, A. (ed.). *Buen gobierno y derechos humanos*, Lima, IDEHPUCP, 2014, p. 132.

⁷⁰ Carta Democrática Interamericana, aprobada en el vigésimo octavo período extraordinario de sesiones, Lima, Perú, 11 de septiembre de 2001,

Ahora bien, como afirma Habermas, esto no requiere un modelo diferente de democracia, sino una actualización del sistema de derechos que existe en ella.⁷¹ En suma, reconocer que la diversidad y la contribución continua de las comunidades e individuos solo son posibles al crear un ambiente de inclusión, participación y un diálogo abierto y efectivo para facilitar una sociedad de valores compartidos.⁷² Con esto, la democracia se fortalece, pues una democracia débil es incapaz de garantizar la vigencia de los derechos humanos, lo que a su vez genera altos niveles de exclusión.⁷³

4.1. Democracia y contextos de justicia transicional

Los periodos posteriores a regímenes dictatoriales o de conflicto armado suelen ser ocasiones en que se postula la necesidad de refundar —o fundar— verdaderos sistemas democráticos. Y

art. 6. Este instrumento de *soft law* ha sido “jurisprudencializado” por la Corte IDH para afirmar: “En el Sistema Interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana [...]. En dicho instrumento se señala que: [s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”. Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184, párr. 142.

⁷¹ Habermas, J., *op. cit.*, p. 208.

⁷² Vrdoljak, A., “Liberty, Equality, Diversity: States, Cultures, and International Law”, en Vrdoljak A. (ed.), *The Cultural Dimension of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 60.

⁷³ Abramovich, V., “La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en la formulación de políticas públicas”, en Navarrete, M. (ed.), *Políticas públicas y derechos humanos en el Mercosur. Un compromiso regional*, Montevideo, Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur, 2004, p. 118.

ELIZABETH SALMÓN

es que, como afirma De Greiff,⁷⁴ en los periodos de transición, un Estado debe afrontar su pasado, evaluar su presente y decidir cómo desea que sea su futuro, por lo que, en realidad, de ser exitoso, un periodo de transición constituye el camino hacia una situación de democracia y paz en su concepción más amplia y positiva. En ese sentido, si se afirma que la justicia transicional implica un compromiso con el respeto al Estado de derecho —democrático—, este Estado de Derecho tiene que cumplir con objetivos de promover la justicia social, el reconocimiento, entre otros. Estos periodos, además, hacen visibles las brechas de desigualdad y exclusión.

Sin embargo, es necesario tomar en cuenta una tensión fundamental. Por un lado, los procesos de justicia transicional, aunque pueden proveer cambio, no pueden solucionar todos los problemas existentes en una sociedad. Pero, por otro, si la justicia transicional busca consolidar la democracia, no puede evitar atacar estas brechas. En ese sentido, se debe analizar cuál es el verdadero alcance del potencial para el cambio de las políticas de justicia transicional, con el objetivo de maximizar estas posibilidades.⁷⁵

De esta manera, la inclusión se erige no solo como un elemento definitorio de cualquier contexto democrático, sino que adquiere particular relevancia cuando la exclusión de ciertos sectores de la población fue una de las causas de los periodos de graves violaciones de los derechos humanos. Esta situación, por ejemplo, se hizo patente en el trabajo de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) de Perú. En efecto, la CVR peruana identificó que la población más afectada por el conflicto armado fue también la población más excluida. En esta línea, señaló que el 75% de las víctimas eran quechuablantes de origen rural, el 35% pertenecían al quintil más pobre y el 70% tenían educación inferior a la secundaria.⁷⁶ En ese sentido, se puede afirmar que

⁷⁴ Greiff, P. de, “Theorizing transitional justice”, en *Nomos*, vol. 51, 2012, p. 57.

⁷⁵ Sandoval, C., “Transitional Justice and Social Change”, en *SUR-International Journal On Human Rights*, vol. 11, núm. 20, 2014, p. 187.

⁷⁶ CVR, Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, t. I, pp. 157 y ss.

Inclusión y gestión de la diversidad...

la exclusión jugó un papel importante respecto a tres aspectos relacionados con el conflicto armado: (i) una estrecha relación entre la pobreza y las causas del conflicto armado, (ii) una relación entre la exclusión y el desarrollo del conflicto armado, en el sentido que la intensidad de la violencia varió en función de si la población involucrada estaba más o menos incluida y (iii) la existencia de una fuerte relación entre la pobreza y la fase posterior al conflicto, debido a que la grave violencia desplegada profundizó las condiciones económicas, sociales y culturales preexistentes en el país.⁷⁷

Desde esta perspectiva, al momento de realizar sus recomendaciones, la CVR tomó en consideración estos factores y, entre otras medidas, recomendó una serie de reformas institucionales. Entre estas se encuentra el reconocimiento e integración de los derechos de los pueblos indígenas y sus comunidades en el marco jurídico nacional, incluyéndolos “de manera importante en el proceso de reforma constitucional, con la finalidad de brindarles una protección jurídica justa y legítima como sujetos de derechos y reafirmar la diversidad y pluralidad de la nación peruana”.⁷⁸ Para lograr dicho objetivo, se sugirió, entre otras medidas, la adopción de la interculturalidad como política de Estado, el reconocimiento de la existencia legal y personalidad jurídica como pueblos y de sus formas de organización comunal y el respeto del derecho y administración de justicia indígena, de acuerdo con los derechos humanos y acceso a la justicia ordinaria con juzgados especializados en materia indígena.⁷⁹

En esta misma línea, la nota orientativa sobre el enfoque de las Naciones Unidas a la justicia de transición elaborada por el secretario general estableció como uno de sus principios la necesidad de buscar que los procesos y mecanismos de la justicia transicional tomen en consideración las causas del conflicto o el régimen dictatorial, y que se tomen en consideración las vio-

⁷⁷ Salmón, E., “El largo camino de la lucha contra la pobreza y esperanzador encuentro con los derechos humanos”, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 4, núm. 7, 2007, p. 163.

⁷⁸ CVR, Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, t. IX, p. 118.

⁷⁹ *Idem*.

laciones de todos los derechos humanos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales (principio 9). En ese sentido, se afirma que la paz solo puede prevalecer si las situaciones sistémicas de discriminación, distribución desigual de la riqueza y servicios sociales, así como la corrupción endémica son enfrentadas por el Estado.⁸⁰

También en materia de reparaciones, otro mecanismo de la justicia transicional, se configura un elemento esencial para insertar una perspectiva de inclusión, y aquí es que se plantea el debate sobre las denominadas reparaciones transformadoras o la finalidad de desarrollo de la justicia transicional. Sobre lo primero, Uprimny ha señalado:

En efecto, ¿qué sentido tiene que la reparación consista únicamente en devolver a un campesino a su minifundio de pobreza; a una mujer a su situación de carencia de poder, inseguridad y discriminación; a un niño a una situación de malnutrición y falta de acceso a la educación; a un grupo étnico al sometimiento y la ausencia de seguridad jurídica sobre sus tierras? Sin duda, una devolución de esta naturaleza es importante en contextos como el colombiano, en los que los crímenes atroces se han caracterizado históricamente por quedar en la impunidad y en los que, por consiguiente, en la mayoría de casos no ha habido ningún tipo de reparación. Sin embargo, una reparación puramente restitutoria como esa no aseguraría uno de los objetivos centrales de la reparación, que es garantizar la no repetición de las atrocidades, ya que se dejarían intactas muchas condiciones de exclusión que se encuentran en la base del conflicto.⁸¹

La naturaleza transformadora de algunas reparaciones implica que los programas de reparación deben ser concebidos como parte de un proyecto de democracia inclusiva, sobre todo para

⁸⁰ Secretario general de las Naciones Unidas, Nota orientativa sobre el enfoque de las Naciones Unidas a la justicia de transición, 2010, p. 7.

⁸¹ Uprimny, R. y Saffon, M. P., “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”, en Díaz Gómez, C.; Sánchez, N. y Uprimny, R. (eds.), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional-ICTJ-Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad- DEJUSTICIA, 2009, p. 36.

incluir a las víctimas dentro del nuevo orden social.⁸² Las interacciones con el Estado en torno a las reparaciones, de ser positivas, pueden tener además, como efecto, la toma de conciencia sobre sí mismos como ciudadanos con derechos, lo que puede llevar a exigir acceso a la justicia y un gobierno efectivo y transparente.⁸³

Sin embargo, es necesario reafirmar que este tipo de reparaciones no se deben identificar con una política social, ya que las primeras buscan saldar una deuda específica por violencias directas que fueron ejercidas contra ciertas víctimas.⁸⁴ En esta línea, los efectos en el marco de la justicia distributiva no son esenciales, sino incidentales de las medidas de reparación, cuyo principal fin es el de proteger los derechos de las víctimas.⁸⁵

⁸² Uprimny, R., “Transformative Reparations of Massive Gross Human Rights Violations”, en Mihr, A., *Rule of Law and Transitional Justice. Towards a triangular learning. The case of Colombia*, Venecia, EIUC, 2013, p. 82.

⁸³ Roht-Arriaza, N. y Orlovsky, K., “Reparaciones y desarrollo: una relación complementaria”, en Reátegui, F. (ed.), *Justicia Transicional. Manual para América Latina*, Brasilia-Nueva York, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia-Centro Internacional para la Justicia Transicional-ICTJ, 2011, p. 528.

⁸⁴ Uprimny R. y Saffon, M. P., *op. cit.*, p. 46.

⁸⁵ En el caso peruano, la CVR planteó también la creación de una Plan Integral de Reparaciones (ley 28592, art. 2) que preveía una serie de reparaciones de diferente naturaleza. Entre estas reparaciones estaban el Programa de restitución de derechos ciudadanos, el Programa de reparaciones en educación, reparaciones colectivas y simbólicas, promoción y facilitación al acceso habitacional, entre otros programas que la Comisión Multisectorial aprobara. Respecto al nivel actual de implementación del proceso de reparaciones en Perú, hasta el momento existen 208 675 víctimas individuales inscritos en el Registro Único de Víctimas (RUV). Además, existen 5 712 comunidades y centros poblados inscritos y 56 grupos organizados de desplazados no retornantes. De las víctimas individuales inscritas, 79 085 son potenciales beneficiarios del Programa de Reparaciones Económicas. Hasta la fecha se ha reparado a 76 617 de las mismas, lo que equivale al 96.97%. Respecto al programa de Reparaciones en Salud, 140 081 de los 159 715 beneficiarios inscritos en RUV han sido afiliados al Sistema Integral de Salud (SIS). Aunque este es un número alto de beneficiarios, cabe enfatizar que existen muchos problemas en el funcionamiento del SIS, sobre todo porque no cubre varios tratamientos necesarios. Chávez, C., *Política y reparación en el postconflicto peruano. Reflexiones a 10 años del PIR*, Lima, IDEHPUCP, 2015, disponible en <http://idehpucp.pucp.edu.pe/comunicaciones/opinion/politica-y-reparacion-en-el-postconflicto-peruano-reflexiones-a-10-anos-del-pir/> En lo concerniente al Programa de Reparación en Educación, hasta la

La inclusión de la diversidad es una cuestión que hoy en día no es solo una obligación social o ética de los Estados, sino también una obligación jurídica que encuentra su fundamento en las disposiciones del DIDH. Creo además, que esta afirmación condiciona la gestión de la diversidad en el sentido de que la inclusión comprende también la definición de políticas públicas con enfoque de derechos y la afirmación de un sistema democrático inclusivo. Sin duda, esto se debe a que el DIDH es entendido como un marco conceptual aceptado por la comunidad internacional capaz de ofrecer un sistema coherente de principios y reglas.⁸⁶

Al respecto, aunque en un principio la tolerancia era identificada como la razón esgrimida por el DIDH para acoger la diver-

fecha son 1 171 los beneficiados. En cuanto al Programa de Promoción y Facilitación al Acceso Habitacional, el 18 de noviembre de 2014 se aprobaron los lineamientos generales del mismo programa, el cual tiene como objetivo permitir la implementación del mismo por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, los gobiernos regionales y los gobiernos locales. En la misma fecha se aprobaron los Lineamientos Generales del Programa de Restitución de Derechos Ciudadanos. En la actualidad, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos brinda asesoría legal mediante defensores especializados en las regiones de Apurímac, Ayacucho y Huancavelica. Por otro lado, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil elaboró un “Plan Nacional de Atención de la Problemática de la Indocumentación 2011-2015”. Respecto al Programa de restitución de reparaciones simbólicas, se ha inaugurado un museo de la memoria en Junín y el Lugar de la Memoria, la Tolerancia y la Inclusión Social en Lima. Además, el Estado ha transferido el terreno necesario para la construcción del “Santuario de la Memoria”, en la Hoyada, Ayacucho. Finalmente, en este punto cabe mencionar que en el 2014 se realizó el acompañamiento a 161 casos de entierro de víctimas de desaparición forzada. En torno al Programa de Reparaciones Colectivas, entre el 2007 y el 2014 se ejecutaron s/. 251 046 950.17 millones de soles en financiamiento de proyectos de infraestructura productiva o de mejoramiento de servicios básicos en 2 095 comunidades nativas, campesinas o centros poblados más afectados. La información ha sido recabada del documento Comisión Multisectorial de Alto Nivel (CMAN), Información sobre avances en la implementación del PIR, oficio 783-2015-JUS/CMAN y del oficio 715-2015-JUS-CR/ST del Consejo de Reparaciones sobre la elaboración del Registro Único de Víctimas (RUV).

⁸⁶ Abramovich, V., Una aproximación al Enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo de América Latina, Documento preparado para “Derechos y Desarrollo en América Latina: Una Reunión de Trabajo”, Santiago de Chile, diciembre 9 y 10 de 2004, p. 4.

Inclusión y gestión de la diversidad...

sidad, esta perspectiva resulta hoy insuficiente. La tolerancia no permite identificar la diversidad como parte del mismo sistema normativo, como algo propio, sino como algo foráneo. Resulta necesario, entonces, acoger la inclusión como el estándar que se deriva del DIDH.

En ese sentido, aunque no se puede hablar en estricto de un derecho a la inclusión, esta tiene como base jurídica el principio de igualdad y no discriminación, el cual tiene naturaleza de *jus cogens*. Para que dicho principio sea respetado en plenitud, es necesario que el Estado adopte políticas, no solo de abstención de prácticas discriminatorias, sino también de adopción de medidas necesarias para garantizar una verdadera inclusión de todas las personas bajo su jurisdicción por igual. Esta tarea puede ser lograda a través de la adopción del enfoque basado en derechos humanos (EBDH) para la elaboración de políticas públicas. En mi opinión, dicho enfoque cuenta con una serie de herramientas que son las más idóneas para lograr una verdadera inclusión.

Finalmente, prestando atención a la experiencia latinoamericana, este modelo de inclusión democrática encuentra vigencia en el marco de un sistema democrático. Resulta además necesario reflexionar sobre los periodos de transición como un marco idóneo para adoptar medidas que permitan lograr el objetivo de la inclusión. Luego de periodos de violencia cuyas raíces se encuentran, en mayor o menor medida, en la exclusión de determinados sectores de la sociedad, es necesario plantear de qué forma las medidas de justicia transicional pueden eliminar el problema de la exclusión. En ese sentido, las reformas institucionales y las reparaciones de naturaleza transformadora, como garantías de no repetición, constituyen una herramienta esencial para poder lograr la inclusión de aquellas víctimas de la violencia que forman parte del sector más relegado de la sociedad. Por otro lado, en los últimos años ha surgido un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina, cuyo objetivo principal es alcanzar la inclusión de los grupos afectados por las profundas desigualdades sociales existentes en las sociedades latinoamericanas, apoyándose para ello en una apertura de los Estados al derecho internacional de los derechos humanos y, en particular, en los estándares desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.