

IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales Sistema Universal y Sistema Interamericano



 **Asdi**
AGENCIA SUECA
DE COOPERACION
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO

 **UNFPA**

Protección Internacional
de los Derechos Económicos,
Sociales y Culturales
Sistema Universal y Sistema Interamericano

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Con el apoyo de:

Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo
Fondo de Población de las Naciones Unidas

© 2008 Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
Reservados todos los derechos.

323.4

I59p Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano / Instituto Interamericano de Derechos Humanos. -- San José, C.R. : IIDH, 2008. 406 p. ; 22 x 28cm.

ISBN: 978-9968-917-74-2

1. Derechos económicos sociales y culturales 2. Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos 3. Sistema Interamericano de Derechos Humanos I. Título

Las ideas expuestas en los trabajos publicados en este libro son de exclusiva responsabilidad de los autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Se permite la reproducción total o parcial de los materiales aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados, se asignen los créditos correspondientes y se haga llegar una copia de la publicación o reproducción al editor.

Equipo productor de la publicación:

Isabel Torres García
Coordinación académica

Denia Núñez Guerrero
Apoyo académico

Oscar Parra Vera
María Aránzazu Villanueva Hermida
Agustín Enrique Martín
Autores

“Cable al cerro” (1995)
Cortesía del pintor costarricense Rafael Ángel García,
técnica mixta sobre lienzo. 135 x 130 cm
Ilustración de la portada

Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH
Diseño, diagramación y artes finales

Editorama S.A.
Impresión

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 234-0404 Fax: (506) 234-0955
e-mail: uinformacion@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Tabla de contenido

Presentación	11
1. Introducción: los derechos sociales y el enfoque de derechos humanos en las estrategias de desarrollo y erradicación de la pobreza	15
1.1 Un enfoque basado en los derechos	15
1.2 Los derechos sociales como derechos humanos	22
1.3 La interdependencia de los derechos humanos	29
1.4 Grupos afectados por situaciones de vulnerabilidad y principio de no discriminación	35
1.5 Los estándares internacionales y su interacción con la exigibilidad en el ámbito interno	43
1.6 Estructura del texto y plan de exposición	45
2. Sistemas internacionales de protección de derechos humanos. Generalidades	46
2.1 Instrumentos internacionales reguladores de DESC	57
2.1.1 Sistema Universal	57
2.1.1.1 Carta de las Naciones Unidas	57
2.1.1.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)	58
2.1.1.3 Los Pactos	61
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)	62
Protocolo facultativo del PIDESC	65

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)	70
2.1.1.4 Otros Instrumentos	71
Convención sobre los Derechos del Niño	72
Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.....	74
Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial	75
Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares	77
2.1.2 Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH)	77
2.1.2.1 Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre	78
2.1.2.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	80
2.1.2.3 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador” o PSS)	92
2.1.2.4 La Carta Democrática Interamericana....	98
2.2 Órganos de protección de los DESC.....	101
2.2.1 Sistema Universal de protección de los derechos humanos.....	101
2.2.1.1 La antigua Comisión de Derechos Humanos.....	105
2.2.1.2 Consejo de Derechos Humanos.....	106
2.2.1.3 Consejo Económico y Social (ECOSOC)	108
2.2.1.4 Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC).....	109

2.2.1.5 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH).....	111
2.2.1.6 Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (Asamblea General de la ONU)	112
2.2.2 Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH)	113
2.2.2.1 Asamblea General.....	116
2.2.2.2 Consejo Permanente de la Organización	117
2.2.2.3 Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral	117
2.2.2.4 Comité Jurídico Interamericano	119
2.2.2.5 Organismos Especializados	119
2.2.2.6 La Comisión Interamericana de Derecho Humanos (CIDH).....	121
2.2.2.7 La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)	125
3. Obligaciones de los estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales	128
3.1 Las obligaciones de “respetar”, “proteger” y “cumplir”	130
3.2 Obligación de garantizar que los derechos sociales se ejerzan sin discriminación	134
3.3 Progresividad y prohibición de regresividad	138
3.4 Obligación de garantizar niveles esenciales de satisfacción de los derechos	142
3.5 Obligación de brindar recursos legales adecuados	145
4. Contenido básico de algunos derechos sociales en particular	148
4.1 Aspectos generales	148

4.1.1 Interdependencia e interrelación de los derechos sociales	148
4.1.2 El contenido de los derechos	152
4.2 Derecho al más alto nivel posible de salud física y mental (derecho a la salud).....	154
4.2.1 Fuentes relevantes	154
4.2.2 Interrelación con otros derechos	156
4.2.3 Elementos esenciales	159
4.2.4 Obligaciones básicas	161
4.2.5 Grupos de especial protección.....	168
4.2.6 Temáticas relevantes	175
4.3 Derecho a la alimentación adecuada.....	184
4.3.1 Elementos Esenciales	186
4.3.2 Obligaciones básicas	189
4.3.3 Interrelación con otros derechos	191
4.3.4 Grupos de especial protección	196
4.4 El derecho al agua.....	197
4.4.1 Concepto, fuentes relevantes y relación con otros derechos.....	197
4.4.2 Elementos esenciales y obligaciones básicas	199
4.5 Derecho a la vivienda	201
4.5.1 Elementos esenciales.....	202
4.5.2 Interrelación con otros derechos	205
4.5.3 Obligaciones básicas	206
4.5.4 Grupos en situación de vulnerabilidad.....	208
4.6 Derecho al Trabajo y Derechos en el Trabajo	210
4.6.1 Fuentes relevantes	210
4.6.2 Interrelación con otros derechos	216
4.6.3 Elementos esenciales.....	221

4.6.4 Obligaciones Básicas.....	226
4.6.5 Grupos de especial Protección.....	227
4.6.6 Temáticas relevantes	240
4.7 Derecho a la Seguridad Social.....	245
4.7.1 Fuentes relevantes.....	245
4.7.2 Interrelación con otros derechos.....	247
4.7.3 Contenido básico	253
4.7.4 Grupos de especial protección	263
4.7.5 Temáticas relevantes	269
4.8 Derecho a la educación	273
4.8.1 Elementos esenciales.....	276
4.8.2 Interrelación con otros derechos	283
4.8.3 Personas en situación de vulnerabilidad	286
4.9 Derecho a un medio ambiente sano	290
4.9.1 Fuentes relevantes.....	290
4.9.2 El derecho un ambiente sano, el derecho al desarrollo y el concepto de “sostenibilidad”	293
4.9.3 Relación con otros derechos.....	295
4.9.4 Obligaciones Básicas.....	298
4.10 Derechos culturales y derechos de los pueblos indígenas	305
4.10.1. Conceptos generales y fuentes relevantes	305
4.10.1 El derecho a los beneficios de la cultura: concepto.....	307
4.10.2 El derecho a la identidad cultural.....	312
4.10.3 Los derechos de los pueblos indígenas.....	315
4.10.4 La adaptación cultural de los derechos	318
4.10.5 El derecho a las tierras y los recursos naturales	320

4.10.6 Los derechos de los pueblos indígenas a un medio ambiente sano, a la salud, al agua y a la alimentación	329
4.11 Derecho a la constitución y protección a la familia.....	336
4.11.1 Fuentes relevantes.....	336
4.11.2 El bien jurídico tutelado: la familia	338
4.11.3 El matrimonio.....	340
4.11.4 La protección de la familia.....	343
4.11.5 Derechos de niños y niñas en relación a la protección de la familia	345
4.11.6 Derechos de las mujeres en relación a la protección de la familia	346
5. Conclusiones	350
Bibliografía	355
Anexo I: Cuadro de instrumentos internacionales que contienen DESC	399

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) han desarrollado acciones conjuntas desde el año 2002, en el marco de una fructífera alianza estratégica basada en la plena coincidencia de que el goce y ejercicio de los derechos humanos, constituyen la piedra angular de la democracia y del desarrollo.

El IIDH da continuidad de esta manera, al trabajo constante iniciado desde 1993 en materia de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) mediante seminarios, cursos interamericanos e interdisciplinarios, conferencias y publicaciones en libros y revistas especializadas. El trabajo se ha centrado en el valor de la normativa internacional en la materia, así como en la doctrina y la jurisprudencia de los órganos de protección de los derechos humanos, tanto regionales como universales. Ha enfatizado también el proceso de avance hacia la exigibilidad de los DESC en los ámbitos nacional e internacional, así como en la relación de este proceso con el diseño y ejecución de políticas públicas, estrategias de desarrollo e integración y protección activa y vigilante de la sociedad civil.

Cabe mencionar en el anterior sentido, publicaciones anteriores en la materia, como *La igualdad de los modernos: reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina*; *Los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable* y diversos artículos de la colección *Estudios Básicos en Derechos Humanos* y de la *Revista IIDH*.

Adicionalmente, como parte de la estrategia pedagógica institucional, se cuenta con un curso autoformativo en línea *Curso básico sobre derechos económicos, sociales y culturales*, disponible en el Aula Interamericana de la Web IIDH.

La indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos -civiles, políticos, económicos, sociales y culturales- se fortalece cada vez más en la evolución de los estándares de protección del Sistema Interamericano, de la jurisprudencia de distintos países de América Latina, en la definición e implementación de políticas públicas de igualdad, de población y desarrollo, por mencionar algunos ámbitos.

Los derechos económicos, sociales y culturales cobran mayor vigencia en las sociedades latinoamericanas contemporáneas y en las obligaciones de los Estados, máxime considerando que América Latina es el continente donde se evidencian las mayores desigualdades y en ese contexto, el desafío pendiente de la superación de la pobreza, que afecta a 200 millones de hombres y mujeres de la región. Sin embargo, es en este conjunto de derechos donde existen mayores dificultades para su garantía, exigibilidad y justiciabilidad.

Con la presente publicación, el IIDH y el UNFPA pretenden contribuir con la difusión del desarrollo doctrinario y de los estándares de protección en los sistemas interamericano y universal, en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Esperamos que los contenidos de este libro contribuyan a ampliar los conocimientos en la temática y sobre todo, que la apropiación de estos conocimientos se convierta en una herramienta de trabajo por parte de las instituciones de Estado y de las organizaciones de la sociedad civil, para la promoción, protección y cumplimiento de este conjunto de derechos.

*Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo*

Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Sistema Universal y Sistema Interamericano

Oscar Parra Vera

María Aránzazu Villanueva Hermida

*Agustín Enrique Martín**

* Oscar Parra Vera (Colombia) y María Aránzazu Villanueva Hermida (España) son abogado y abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Agustín Enrique Martín (Argentina) se desempeñó como consultor de la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la realización del presente texto. Se agradece el apoyo y valiosa orientación de Oswaldo Ruiz Chiriboga (Ecuador), abogado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las opiniones y comentarios que se exponen en este documento, son de exclusiva responsabilidad de las personas autoras y no reflejan la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. Introducción: los derechos sociales y el enfoque de derechos humanos en las estrategias de desarrollo y erradicación de la pobreza

A continuación se exponen los ejes centrales que fundamentan la sistematización de estándares internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales (en adelante “DESC”) que se realiza en el presente texto. Inicialmente se explica en qué consiste un enfoque basado en los derechos, de tal forma que se haga visible la utilidad de estos estándares para la exigibilidad de políticas públicas basadas en estos derechos. Seguidamente se expone una aproximación general al entendimiento de los derechos sociales dentro de los derechos humanos así como el papel de las categorías “interdependencia” y “grupos afectados por situaciones de vulnerabilidad”. Estos han sido ejes transversales que explican el sentido y alcance de la protección internacional consolidada en las últimas décadas. Finalmente se indican algunas ideas sobre la necesaria interacción entre el derecho internacional de los derechos sociales y el derecho interno de cada Estado, ámbito en el cual tiene que concretizarse el cumplimiento de obligaciones internacionales.

1.1 Un enfoque basado en los derechos

Desde hace algunos años, diversas iniciativas han integrado un enfoque de derechos humanos en las estrategias de desarrollo y erradicación de la pobreza¹. Al respecto, en el ámbito de Naciones Unidas se han producido notables avances hacia la mayor confluencia posible entre el lenguaje del desarrollo y el lenguaje de los derechos².

¹ Este enfoque ha sido impulsado por Naciones Unidas desde 1997. Ver OACDH, *Los derechos humanos y la reducción de la pobreza. Un marco conceptual*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004.

² Para una mayor profundización de las relaciones y desencuentros entre desarrollo y derechos, ver Abramovich, Víctor, “Una aproximación al

Esta confluencia tiene como fundamento la concepción del desarrollo como expansión de las capacidades y libertades reales que disfrutaban los individuos³. En particular, según esta concepción, las libertades fundamentales se relacionan, entre otras, con el acceso a capacidades básicas para poder evitar la inanición, la desnutrición, la mortalidad prematura, o gozar de libertades relacionadas con la capacidad de leer, escribir y participar en las decisiones privadas y públicas. Como se observa, a esta postura subyace un entendimiento del desarrollo donde los derechos humanos tienen un papel fundamental para evaluar el crecimiento económico⁴. Una proyección de este enfoque se encuentra en diversos Informes sobre Desarrollo Humano del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, en *Revista de la CEPAL*, No. 88, Santiago de Chile, abril de 2006.

- 3 Esta concepción del desarrollo es uno de los principales aportes del Premio Nobel de Economía Amartya Sen. Ver al respecto, Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Planeta, 2000. La obra de Sen ha tenido fuerte influencia en los Informes de Desarrollo Humano producidos por Naciones Unidas.
- 4 Como indica Luis Eduardo Pérez, existen dos posturas sobre el desarrollo. Una de ellas considera la posibilidad de sacrificar algunas libertades y aceptar niveles mínimos de desigualdad y exclusión en orden a garantizar crecimiento. Sobre esta postura, Pérez señala que su supuesto de fondo se expresa en la frase “primero crecemos y luego distribuimos; el mercado se encargará de realizar una justa asignación de los recursos”. Este enfoque, donde la libertad tiene total prioridad, olvida que los bienes en sí mismos, por sus características intrínsecas, no conducen al desarrollo de las personas y, mucho menos, a la realización de sus derechos. Contrapuesto a este enfoque, Pérez sintetiza el pensamiento de Amartya Sen de la siguiente forma: “El desarrollo exige la eliminación de las principales fuentes de privación de la libertad [...] Más allá de la cantidad de bienes y servicios de los que disponga una sociedad, [la concepción del desarrollo como libertad] se concentra en las posibilidades efectivas a las que las personas pueden acceder para realizar sus derechos”, particularmente aquellos miembros de los sectores situados en mayor grado de vulnerabilidad y exclusión. Ver Pérez Murcia, Luis Eduardo, “Seguimiento y evaluación de políticas públicas en perspectiva de derechos humanos: la experiencia de la Defensoría del Pueblo de Colombia” en Comisión Andina de Juristas, *El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas*, Lima, CAJ, 2004.

Teniendo como marco la confluencia entre estas dos perspectivas, un enfoque basado en los derechos humanos ha sido definido de la siguiente manera: “[E]s un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que desde el punto de vista normativo está basado en las normas internacionales de derechos humanos y desde el punto de vista operacional está orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos. Su propósito es analizar las desigualdades que se encuentran en el centro de los problemas de desarrollo y corregir las prácticas discriminatorias y el injusto reparto del poder que obstaculizan el progreso en materia de desarrollo”⁵.

Según este enfoque, las políticas públicas y las estrategias de desarrollo deben tener como fundamento y punto de partida los principios y estándares de los derechos humanos. Diversas propuestas han surgido en orden a establecer los alcances de este enfoque. En términos generales, podemos señalar las siguientes características centrales⁶:

- 1) El empoderamiento de los sectores excluidos y de los ciudadanos para impulsar la exigencia de sus derechos. Ello implica un cambio de lenguaje. En efecto, no se trata de aludir a “personas con necesidades no cubiertas” sino a “sujetos con derechos exigibles que generan obligaciones para el Estado”. Lo anterior implica en-

⁵ Ver OACDH, *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006, p. 16.

⁶ Entre los diversos documentos relevantes al respecto, resaltamos Hunt, Paul, Nowak, Manfred y Osmani, Siddiq, *Draft Guidelines: A Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies*, Ginebra, OACDH, 2002; OACDH, *Los derechos humanos y la reducción de la pobreza...*; Abramovich, Víctor, “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2006; OACDH, *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*, *Ibid.*; Tomasevski, Catarina, *Strengthening pro-poor law: Legal enforcement of economic and social rights*, ODI (Overseas Development Institute), London, 2005, disponible en www.odi.uk/rights, consultada en marzo de 2007.

tender como inherente a los derechos la existencia de mecanismos de monitoreo, rendición de cuentas y justicia, es decir, el entendimiento de los derechos como derechos exigibles. Además, ello requiere la participación libre y activa –particularmente de sectores marginados y excluidos– en la implementación, seguimiento y evaluación de las políticas públicas económicas y sociales.

- 2) La responsabilidad estatal es entonces un eje central en las estrategias de desarrollo y reducción de la pobreza. Rendir cuentas es una obligación para todos los actores que tienen incidencia en el desarrollo. De allí el papel central de las obligaciones asumidas en el derecho internacional de los derechos humanos y la proyección de las mismas en el cumplimiento de los compromisos constitucionales a nivel interno.
- 3) La pobreza es entendida como privación de libertades básicas. En este sentido, depende de factores económicos y sociopolíticos que incluyen la exclusión social, la discriminación y las condiciones estructurales que fomentan la marginalidad⁷.
- 4) Protagonismo del principio de igualdad tanto formal como material, con especial énfasis en los grupos de especial protección y en situación de vulnerabilidad e indefensión.
- 5) Protagonismo del principio de dignidad humana. Este principio concreta la interdependencia entre los derechos y permite la lectura de derechos civiles básicos,

⁷ La CEPAL ha planteado definir la pobreza como “el resultado de un proceso social y económico –con componentes culturales y políticos– en el cual las personas y los hogares se encuentran privados de activos y oportunidades esenciales por diferentes causas y procesos, tanto de carácter individual como colectivo, lo que le otorga un carácter multidimensional”. Así, además de la privación material, la pobreza comprende dimensiones subjetivas que van más allá de la subsistencia material. Ver CEPAL, Panorama Social de América Latina 2002-2003, Santiago de Chile, 2004.

como el derecho a la vida, en términos de los derechos sociales básicos.

- 6) Interdependencia, interrelación e indivisibilidad de los derechos.
- 7) Garantía de derechos con pertinencia constitutiva para las estrategias de desarrollo (capacidades básicas, derecho a la alimentación, derecho a la salud) así como derechos con pertinencia instrumental para prevenir la pobreza (derechos civiles y políticos como libertad de expresión, participación política, acceso a la información, rendición de cuentas, entre otros)⁸.

La interrelación entre las estrategias de desarrollo y el enfoque de derechos debe complementarse con un concepto de ciudadanía social. Una primera formulación de la ciudadanía social se desprende del entendimiento de la ciudadanía como *posesión de derechos*, concepto impulsado a partir de la obra de Thomas Marshall, *Ciudadanía y clase social*, publicada

⁸ Sobre esta distinción entre pertinencia constitutiva y pertinencia instrumental de los derechos, ver Abramovich, Víctor, “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco...”. Cabe resaltar el aporte de este enfoque de derechos a temáticas diversas sobre desarrollo y pobreza. Por ejemplo, Marcela Ferrer ha señalado algunas proyecciones del enfoque de derechos humanos en la agenda sobre población y desarrollo. Esta autora resalta que el progreso científico agrega nuevas dimensiones a los diferentes derechos y afecta el desarrollo de la población, mientras que el avance en transporte incide con fuerza en el crecimiento sostenido de la migración internacional. A partir de ello, se deriva la necesidad de atender la situación de los derechos humanos de los migrantes. De otra parte, Ferrer indica que es necesario el desarrollo de la protección de los derechos humanos para una garantía de que la dinámica de población evolucione con el menor daño posible al individuo, especialmente aquel que queda en situación desventajosa frente a dicha evolución dinámica. Asimismo, la dinámica de población en ámbitos de pobreza se refleja en la mayor fecundidad y mayor mortalidad, y con ello “la reproducción de la pobreza”. Por consiguiente, los Estados deben adoptar políticas que incidan en esa dinámica con el más amplio respeto por los derechos sexuales y reproductivos. Ver Ferrer, Marcela, *La población y el desarrollo desde un enfoque de derechos humanos: intersecciones, perspectivas y orientaciones para una agenda regional*, Santiago de Chile, Centro Latinoamericano y Caribeño e Demografía (CELADE), División de Población, Naciones Unidas-CEPAL, noviembre del 2005, pp. 58-61.

inicialmente en 1950⁹. Para Marshall, la ciudadanía requiere de un Estado de bienestar liberal-democrático, pues sólo puede sentirse como miembro pleno de una sociedad aquel que cuenta con sus derechos civiles, políticos y sociales¹⁰. La posesión de estos derechos sociales adquiere especial relevancia para el ejercicio de la ciudadanía, toda vez que permite una inclusión real de los excluidos y fortalece el camino hacia la superación de las desigualdades. Por el contrario, una noción formal de ciudadanía, que no tenga en cuenta la realización de los derechos sociales, termina perpetuando las desigualdades. De otra parte, para Marshall, los derechos sociales no dependen de la contribución de un ser humano a la producción y al mercado; dado que dichos derechos buscan frenar la actuación libre de las fuerzas del mercado y establecer las bases fundamentales para alcanzar la igualdad sustancial de los individuos. Así las cosas, para ser ciudadano y participar plenamente en la vida pública, un sujeto necesita encontrarse en una posición socioeconómica que le permita el desarrollo de capacidades, tal como fue expuesto anteriormente. En este sentido, la ciudadanía reúne

⁹ Marshall, Thomas y Bottomore, Tom (1950, 1992). *Ciudadanía y clase social*. Trad. P. Linares. Madrid, Alianza, 1998. Marshall publicó “Ciudadanía y clase social” en 1950 y una revisión de sus tesis fue publicada por Tom Bottomore en 1992. La versión en español incluye los trabajos de ambos autores.

¹⁰ Para Marshall, los derechos civiles, los derechos políticos y los derechos sociales son derechos de ciudadanía. Sobre la ciudadanía social expuesta por Marshall véanse: Bendix, Reinhard, *Estado nacional y ciudadanía*. Trad. L. Wolfson. Buenos Aires, Amorrortu, 1964; Dahrendorf, Ralf, “Ciudadanía y clase social”, en *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad*, Barcelona, Mondadori, 1988; Kymlicka, Will y Wayne Norman, “El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía”, en *La Política*, 3, Barcelona, Paidós, 1997; Santos, Boaventura de Sousa, “Subjetividad, ciudadanía y emancipación”, en *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá, Uniandes, Siglo del Hombre, 1998; Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, Trotta, 1992; Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trad. P. Andrés y otros. Madrid, Trotta, 2001; Parra Vera, Oscar, “De la ciudadanía autoritaria a una ciudadanía social diferenciada y participativa. Apuntes sobre el debate vendedores ambulantes-espacio público” en *Estudios Políticos*, No. 28, Medellín, Universidad de Antioquia, Instituto de Estudios Políticos, 2006.

los derechos y obligaciones asociados a la capacidad de ser miembro de una unidad social¹¹, lo cual confiere a los derechos sociales un papel esencial para su ejercicio.

A partir de lo expuesto, es posible afirmar que las políticas públicas deben involucrar las mencionadas dimensiones del enfoque de derechos y de la ciudadanía social. Y ello debe ser exigible. Al respecto, Amartya Sen se refiere al derecho a políticas públicas (metaderechos) como concepto que alude a la exigibilidad de aquellas políticas necesarias para la realización programática y progresiva de los derechos sociales, de tal forma que sea posible armonizar la justiciabilidad de reclamos particulares y concretos con la exigibilidad de políticas estructurales claramente encaminada a la realización de derechos sociales¹². A lo anterior corresponde un control judicial de políticas públicas que permita la rendición de cuentas respecto al diseño, ejecución y consecuencias de las mismas¹³.

Ahora bien, los sistemas internacionales de protección de derechos humanos han impulsado un conjunto de estándares que contribuyen a la concreción de dicho enfoque de derechos humanos en las políticas públicas. Como señala Víctor Abramovich, los estándares jurídicos pueden servir para fijar un marco para la definición de las políticas y estrategias de

¹¹ Dahrendorf, Ralf, “Ciudadanía y clase social...”, p. 55.

¹² Sen, Amartya, *El derecho a no tener hambre*, Trad. E. Lamprea, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002; Arango, Rodolfo, “Constitucionalismo, estado social de derecho y realización integral de los derechos”, en Ídem, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

¹³ Sobre este control judicial de políticas públicas, ver Arango, Rodolfo, *Ibid*; Abramovich, Víctor, “La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales”, en Yamin, Alicia Ely (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*, México, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, APRODEH, Plaza y Valdés, 2006 y Abramovich, Víctor, “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, en Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz (comp.) *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*, Buenos Aires, Biblos, 2006.

intervención de diversos actores. Además, dichos estándares constituyen criterios para la fiscalización y evaluación posterior de esas políticas¹⁴. El objetivo del presente texto es la sistematización de alguno de dichos estándares, particularmente aquellos que surgen de la jurisprudencia de los órganos de control de estos sistemas de protección. Para ello, el texto involucra una explicación muy general de dichos sistemas.

A manera introductoria, a continuación señalamos con más detalle algunos de los ejes transversales que rodean esta aproximación a la sistematización de estándares internacionales sobre derechos sociales. Entre las características del enfoque basado en los derechos, deseamos resaltar los conceptos de interdependencia y grupos afectados por situaciones de vulnerabilidad, dada su relevancia para entender algunas opciones asumidas en los pronunciamientos adoptados por los sistemas internacionales de protección que serán analizados. Previo a ello se presenta una breve reflexión sobre los derechos sociales como derechos humanos.

1.2 Los derechos sociales como derechos humanos

Los derechos humanos son derechos que a una persona pertenecen por el mero hecho de ser humana, son derechos que detentan por igual todos los seres humanos y que no pueden ser renunciados o transigidos; es decir, son universales e inalienables¹⁵. En este sentido, estos derechos protegen las condiciones básicas de las que toda persona debe gozar para

¹⁴ Abramovich, Víctor, “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco...”. En este artículo, Abramovich sistematiza los estándares del sistema interamericano en torno al principio de inclusión, los estándares sobre igualdad y no discriminación, el principio de participación, los derechos vinculados a la participación política, el principio de rendición de cuentas y responsabilidad y el derecho de acceso a la justicia.

¹⁵ Cfr. Donnelly, Jack, *Universal human rights in theory and practice*, 2nd edition, Cornell University Press, 2003, p. 10.

poder llevar una vida humana en condiciones de dignidad. Sin desconocer el profundo debate asociado a las diferencias culturales *vis a vis* la pretensión de universalidad de los derechos humanos, cabe resaltar que dichas diferencias, reales e innegables, enriquecen y hacen compleja la concepción universal de los derechos humanos. En efecto, no necesariamente constituyen expresiones de negación, sino por el contrario, aportes esenciales para que los derechos humanos puedan ser realmente universales y para que sean sentidos, comprendidos y respetados, no como la imposición de una idea ligada a una civilización particular, en un determinado momento de la historia, sino como una aspiración universal.

Los DESC son derechos humanos que “nacieron de la dignidad humana y son, por ende, inherentes a la persona humana”¹⁶. A pesar de las diferencias que pueden surgir al caracterizar los derechos, los DESC son derechos humanos de igual naturaleza, igual jerarquía y, en definitiva, igual importancia que los llamados derechos civiles y políticos. En este sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante “CADH” o “Convención Americana”) resalta que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus [DESC], tanto como de sus derechos civiles y políticos” (Preámbulo, considerando 4).

Por tanto, son derechos directamente relacionados con la protección de necesidades y capacidades que garantizan una calidad de vida. Es importante resaltar que, como se infiere de lo ya dicho, todos los derechos humanos, tanto aquellos civiles o políticos como los DESC, tienen la misma jerarquía y son integrales e indivisibles¹⁷. Como ha dicho Sergio García

¹⁶ Savioli, Fabián, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Revista IIDH*, vol. 39, San José, 2004, p. 102.

¹⁷ Pedro Nikken agrega que, como consecuencia de la inherencia de los derechos humanos a la persona humana, se derivan otros caracteres de aquellos. Entre ellos, además de los que aquí se exponen, menciona: [... 1] Transnacionalidad [...] Los derechos humanos están por encima

Ramírez en referencia a la indivisibilidad de estos derechos, “[t]odos [los derechos humanos] son, de una sola vez, el escudo protector del ser humano: se reclaman, condicionan y perfeccionan mutuamente, y por ende es preciso brindar a todos la misma atención. No podríamos decir que la dignidad humana se halla a salvo donde existe, quizás, esmero sobre derechos civiles y políticos –o sólo algunos de ellos, entre los más visibles– y desatención acerca de los otros. Las libertades de expresión o de sufragio no absuelven ni compensan la ignorancia, la insalubridad y la miseria”¹⁸.

Las aparentes diferencias entre derechos sociales y derechos civiles tienen como principal origen algunos sucesos de tipo histórico y político. A continuación hacemos una breve mención sobre este punto.

Si bien es importante tener en cuenta declaraciones de derechos que surgieron en siglos anteriores (Francia, 1789; Virginia, 1776; Rusia, 1917; Querétaro, 1917; entre muchas otras), es con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial que surge un sistema internacional de protección de los derechos humanos. Este sistema está compuesto por regulaciones,

del estado y su soberanía y no puede considerarse que se violenta el principio de no intervención cuando se ponen en movimiento los mecanismos organizados por la comunidad internacional para su promoción y protección. [... 2] Irreversibilidad. Una vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana, queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de aquellos derechos cuya inviolabilidad debe ser respetada y garantizada. La dignidad humana no admite relativismos, de modo que sería inconcebible que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental. [...3] Progresividad. Como los derechos humanos son inherentes a la persona y su existencia no depende del reconocimiento de un Estado, siempre es posible extender el ámbito de la protección a derechos que anteriormente no gozaban de la misma”. Ver Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, IIDH/Civitas, 1987.

18 García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales” en Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, San José, CEJIL, 2004, pp. 87-113.

organismos, mecanismos y subsistemas de protección en los que se proyecta el derecho internacional de los derechos humanos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada en 1948, constituye un primer hito en dicho sistema internacional. Esta declaración incluyó por igual tanto DESC como derechos civiles y políticos. Sin embargo, al momento de complementar esta declaración con la adopción de tratados específicos, los Estados separaron los instrumentos internacionales correspondientes. Se elaboró entonces un Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y un Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Esta separación, se encuadra dentro de una concepción política e histórica de estos derechos que llevaba a categorizar como derechos de “primera generación” a los derechos civiles y políticos y como “derechos de segunda generación” a los DESC. En este sentido, “la división Este-Oeste, las visiones antitéticas sobre el papel del Estado en relación con los derechos de los habitantes, condujeron a una visión occidental que privilegió los derechos civiles y políticos y la economía de mercado en el entendimiento de que el juego armónico de ambos conduciría al estado de bienestar, a la riqueza de las naciones”, y ésta es la posición que venció frente a la posición de los países del Este o de regímenes socialistas, partidarios de un Estado intervencionista con una economía centralizada y controlada, capaz de garantizar DESC a sus ciudadanos¹⁹.

Así, en el debate internacional que surgió tras la adopción de la Declaración Universal había una posición más conservadora que categorizaba los derechos sociales como no exigibles a través de reclamos ante órganos judiciales. Esta visión limitaba

¹⁹ Cfr. Pinto, Mónica, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, en *Revista IIDH*, Vol. 40, San José, 2004, p. 30. También, Tomuschat, Christian, “The different generations of human rights: from human rights to good governance”, en *Human rights: between idealism and realism*, Oxford University Press, 2003, pp. 28-29.

la capacidad de intervención de los Estados en materia de DESC, que eran considerados como inferiores a aquellos derechos asociados a libertades fundamentales.

Esta concepción de los DESC como *no derechos* los restringe exclusivamente a actos políticos o morales y no a asuntos relacionados con normas jurídicas vinculantes y exigibles²⁰. De otra parte, este tipo de posturas alegan la diferencia entre el tipo de obligaciones que surgiría de cada grupo de derechos. Se enfatiza entonces que los DESC requieren la erogación de recursos y, por ello, implican obligaciones positivas (u obligaciones *de hacer*). Así por ejemplo el derecho a la salud requiere que el Estado lleve a cabo políticas públicas de creación de centros de salud, adquisición de medicamentos etc. Según esta perspectiva diferenciadora, los derechos civiles y políticos solo exigirían obligaciones negativas (u obligaciones de no hacer), esto es, la no interferencia del Estado en los derechos de los ciudadanos. Como ejemplo tenemos la obligación del Estado de no torturar o atentar contra la vida de sus ciudadanos. Sin embargo, esta concepción se ha comprobado errónea ya que no refleja la realidad de ambos grupos de derechos. Así, para hacer efectivo el derecho a un proceso judicial justo, el Estado tiene que crear una maquinaria judicial para hacer posible el acceso de los ciudadanos a los tribunales, lo cual implica la atribución de recursos para esos efectos²¹. Por otra parte, el derecho a la educación no sólo implica crear centros educativos para los niños sino también que el Estado se abstenga (obligación de *no hacer*) de realizar actos que impidan a ciertos sectores de la sociedad por ejemplo acceder a los centros ya existentes. De allí que autores como Abramovich y Curtis señalen que la

²⁰ Van Hoof, Fried, "The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views", en Alston, Philip y Tomasevski, Katarina (eds), *The right to food*, Martinus Nijhoff, 1984, p. 22.

²¹ Esta es la postura de por ejemplo Mónica Pinto, "Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano", en *Revista IIDH*, Vol. 40, San José, 2004, pp. 30 y 31.

diferencia entre ambas categorías de derechos es tan solo una diferencia de grado²².

Otra diferenciación entre estos derechos se ha centrado en la diferencia entre obligaciones con efecto inmediato y obligaciones de cumplimiento progresivo. Se afirma que los derechos civiles serían de aplicación inmediata mientras que los derechos sociales se subordinan a la disponibilidad de recursos, razón por la cual deben ser desarrollados progresivamente. Tal como lo ha desarrollado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –y como es analizado posteriormente en el presente libro (*infra* Capítulo 3)²³–, esta postura es errónea, dado que los derechos sociales involucran obligaciones inmediatas en algunas esferas, tales como la no discriminación y la adopción de medidas para su realización. En este sentido, su realización no puede retrasarse indefinidamente sino que debe ser enfrentada con medidas actuales que, de no adoptarse, generan responsabilidad internacional del Estado. Como fue señalado por un antiguo juez de la Corte Interamericana:

(L)a distinción entre derechos civiles y políticos y [DESC], obedece meramente a razones históricas y no a diferencias de naturaleza jurídica de unos y otros; de manera que, en realidad, lo que importa es distinguir, con un criterio técnico jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga decir, “exigibles directamente por si mismos”, y derechos de carácter progresivo, que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, “exigibles indirectamente”, a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de lo que los otorgue con discriminación. Los criterios concretos para determinar en cada caso si se trata de unos u otros derechos,

²² Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 24 y 25.

²³ (*Supra* e *infra*). Se refieren siempre al texto propio y aunque literalmente quieren decir arriba y abajo, su sentido es véase en las páginas anteriores (*supra*) o en las posteriores (*infra*).

son circunstanciales e históricamente condicionados, pero sí puede afirmarse, en general, que cuando quiera que se concluya en que un determinado derecho fundamental no es directamente exigible por sí mismo, se está en presencia de uno al menos exigible indirectamente y de realización progresiva. Es así como los principios de ‘desarrollo progresivo’ contenidos en el artículo 26 de la [CADH], si bien literalmente referidos a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la [OEA], deben [...] entenderse aplicables a cualquiera de los derechos ‘civiles y políticos’ consagrados en la [CADH], en la medida y aspectos en que éstos no resulten razonablemente exigibles por sí mismos, y viceversa, que las normas de la propia [CADH] deben entenderse aplicables extensivamente a los llamados [DESC] en la medida y aspectos en que éstos resulten razonablemente exigibles por sí mismos (como ocurre, por ejemplo, con el derecho a huelga). En mi concepto, esta interpretación flexible y recíproca de las normas de la [CADH] con otras internacionales sobre la materia, e inclusive con las de la legislación nacional, se conviene con las ‘normas de interpretación’ del artículo 29 de la misma (Voto separado del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 6).

Por último, otro de los argumentos que pretenden justificar la separación y jerarquización entre ambas categorías de derechos es el que establece que el contenido esencial de los derechos civiles y políticos es igual e invariable con independencia del Estado del que se trate²⁴. Según esta postura, el derecho a la vida sería igual en un país desarrollado que en un país en desarrollo, mientras que el contenido de los DESC variaría dependiendo del grado de desarrollo económico de cada Estado. Así, el concepto de vivienda digna cambiaría de un país a otro. Esta perspectiva es conceptualmente inadmisibles. En efecto, cabe observar que si bien puede

²⁴ Esta posición es reseñada en Van Hoof, Fried, “The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views”, p. 22.

haber matices en el modo adecuado de satisfacer todos los derechos humanos, también hay ciertos aspectos de cada uno de ellos que no admiten variación según el Estado que deba cumplirlos. Respecto a lo primero, es de notar que tal carácter de mutabilidad es atinente a derechos de cualquier índole, civiles, culturales, políticos, económicos o sociales. Por ejemplo, el derecho a la vida privada presentará matices en el modo de su cumplimiento según qué se entienda por “familia” o “domicilio” en el respectivo Estado (Comité de Derechos Humanos, Observación General 16, párr. 5). En cuanto a lo segundo, puede observarse que ciertos contenidos de los derechos –incluyendo DESC– son sustancialmente idénticos respecto a cualquier Estado. Por ejemplo, si bien el concepto de vivienda digna es variable, ciertos aspectos, tales como “seguridad jurídica de la tenencia” deben ser tenidos en cuenta en todo contexto (Comité DESC, Observación General 4, párr. 8). El Comité DESC, en diversas ocasiones, ha tenido oportunidad de pronunciarse de modo similar al ejemplo dado, respecto a distintos derechos (Observación General 15, párr. 12; Observación General 14, párr. 12; Observación General 13, párr. 6). De lo anterior se colige que no existen diferencias sustanciales entre DESC y derechos civiles y políticos en cuanto a este aspecto: el cumplimiento de todos estos derechos requerirá de cierto margen de adaptación de acuerdo a las particularidades de los Estados y tendrá, al mismo tiempo, aspectos uniformes aplicables en todos ellos.

Como se observa, las diferencias entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales es tan solo una diferencia de grado. Como se analiza a continuación, no existe jerarquía admisible entre los derechos humanos, de tal forma que todos son iguales, indivisibles, interconectados e interdependientes.

1.3 La interdependencia de los derechos humanos

El párrafo 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos

Humanos el 25 de junio de 1993, señaló en forma categórica que: “[t]odos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.

El carácter de interdependencia que presentan los derechos humanos entre sí se ha visto reflejado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dadas las dificultades que para decidir directamente sobre DESC presenta la redacción de las normas sobre este tema en la CADH (aspecto que será analizado en detalle posteriormente, *infra* acápite 2.1.2.2), la Corte Interamericana ha protegido los derechos sociales a partir del ámbito de protección de derechos civiles y políticos que ha tenido que analizar en casos particulares²⁵.

Al respecto cabe destacar, en primer lugar, el entendimiento hecho por la Corte IDH del derecho a la vida. En el caso *Villagrán Morales y otros*, referido a la ejecución extrajudicial de “niños de la calle” que vivían en una situación de pobreza privados de mínimas condiciones de una vida digna, la Corte desarrolló una interpretación amplia del derecho a la vida para incluir en él las condiciones dignas de existencia: “[e]n esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieren para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él” (párr. 144).

Esta doctrina armoniza la interpretación del derecho a la vida con los estándares de derechos sociales, particularmente el

²⁵ Cfr. Ventura Robles, Manuel, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista IIDH*, Vol. 40, San José, 2004, pp. 107, 130.

derecho a un nivel de vida adecuado (artículo 11 del PIDESC). Este derecho compromete a los Estados con la satisfacción de las necesidades básicas en condiciones de dignidad y exige evitar que los hombres y mujeres sometidos a su jurisdicción vivan en condiciones en las que el único modo que tengan de lograr lo anterior sea degradándose o privándose de sus libertades, como por ejemplo, mediante la mendicidad, la prostitución o el trabajo esclavo o forzoso²⁶.

Esta orientación jurisprudencial de la Corte Interamericana ha sido reiterada y ampliada en otras decisiones, particularmente en los casos *Instituto de Reeducación del Menor* (párr. 156), *Comunidad Indígena Yakye Axa* (párr. 161) y *Comunidad Indígena Sawhoyamaya* (párr. 153). Los dos últimos se relacionan con comunidades indígenas que reclamaban al Estado de Paraguay la devolución de sus tierras ancestrales y que se encontraban viviendo fuera de ellas, en condiciones precarias, signadas por, entre otros, factores tales como el desempleo, la desnutrición, deficientes condiciones de vivienda y dificultades en el acceso a servicios de agua potable o a servicios de salud.

En el caso *Instituto de Reeducación del Menor* contra Paraguay, la Corte analizó la situación de niños privados de su libertad. Algunos de ellos habían fallecido en diversas circunstancias. La Corte IDH consideró que “la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad” (párr. 160) y, en consecuencia, “un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, *inter alia*, proveerlos de asistencia de salud y educación” (párr. 161). Asimismo, el Tribunal especificó que el deber de proveer educación, en el caso concreto, surgía tanto del artículo 13

²⁶ Cfr. Eide, Asbjorn. “The Right to an Adequate Standard of Living Including the Right to Food” en Asbjorn Eide, Catarina Crause y Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Kluwer Law International, 2001, pp. 133 a 148.

del Protocolo de San Salvador (en adelante “PSS”) como del artículo 4 de la CADH, es decir, del derecho a la vida (párr. 174).

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana, particularmente en casos sobre medidas provisionales y medidas cautelares en relación con algunas cárceles del continente, ha profundizado en esta interdependencia entre las condiciones de salubridad y garantía de bienes sociales básicos de los centros de reclusión y la protección inmediata del derecho a la vida digna y el derecho a la integridad personal²⁷. Esta línea interpretativa también ha sido impulsada por otros organismos de protección en el ámbito del sistema universal de protección, el cual será explicado en un capítulo posterior (*infra* acápite 2.2). En efecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (en adelante “CDH”) ha señalado que “las personas privadas de libertad no [...] pueden ser sometidas a [...] penurias o restricciones que no sean l[a]s que resulten de la privación de la libertad; debe garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres. Las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos enunciados en el Pacto, sin perjuicio de las

²⁷ Entre las decisiones de la Corte Interamericana en la materia se destacan: caso del *Penal Miguel Castro Castro* (párrs. 285, 293 a 295, 300 y 301), caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)* (párrs. 102 y 103), caso *De la Cruz Flores* (párr. 132), caso *Tibi* (párr. 157), caso *Loayza Tamayo*. Medidas Provisionales (Considerandos 4, 5 y 6, punto resolutivo primero); así como las Medidas Provisionales en las Penitenciarias de Mendoza (Argentina), Febem (Brasil), Urso Branco (Brasil), Yare I y II (Venezuela) y La Pica (Venezuela). Entre las decisiones de la Comisión Interamericana se destacan: Medidas cautelares adoptadas a favor de las personas privadas de libertad en la Subestación de la Policía Nacional Civil del Municipio de Sololá el 23 de diciembre de 2005 (Guatemala); Medidas cautelares otorgadas a favor de 62 niños detenidos en el Centro Juvenil de Detención Provisional el 24 de noviembre de 2004 (Guatemala); Medidas cautelares a favor de Luis Ernesto Acevedo y otras 372 personas privadas de la libertad en la Comisaría de la Policía Nacional Civil en la ciudad de Escuintla el 24 de octubre de 2003 (Guatemala); Medidas cautelares otorgadas a favor de los pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico el 17 de diciembre de 2003 (Paraguay) y Medidas cautelares otorgadas a favor de Diego Esquina Mendoza y otras personas el 8 de abril de 1998 (Guatemala).

restricciones inevitables en condiciones de reclusión”²⁸. Esta línea de razonamiento incluye los derechos sociales básicos que garantizan una privación de libertad compatible con la dignidad humana. En este sentido, el CDH subrayó que el cumplimiento de la norma que establece el deber de un trato digno a personas privadas de la libertad (artículo 10 del PIDCP, artículo 5 de la CADH) “no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado Parte” (párrafo 4).

En su sentencia sobre el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*, la Corte IDH reiteró el caso *Villagrán Morales y otros*, en el sentido de considerar que el derecho a la vida implicaba el acceso a condiciones que posibiliten una existencia digna. Con base en esta consideración, entendió procedente evaluar si el Estado había cumplido o no sus obligaciones positivas en relación al derecho a la vida “a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la [CADH], en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud), 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano), 12 (Derecho a la Alimentación), 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del [PSS], y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT” (párr. 163). Analizando los hechos del caso, el Tribunal entendió que las condiciones de miseria en que se encontraba la comunidad y la afectación que ello tenía en la salud y alimentación de sus miembros, afectaba la existencia digna de los mismos. Consideró que ello, en las circunstancias del caso, era atribuible al Estado. Lo anterior, entre otros motivos, por no haber adoptado las medidas positivas necesarias para asegurar a estas personas condiciones de vida compatibles con su dignidad, pese a tener conocimiento de la situación en que se encontraban (párrs. 162 a 171 y 176).

²⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General No 21. *El trato humano de las personas privadas de su libertad* (párr. 3). Ver asimismo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14 *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (párr. 34); Observación General No. 15 *El derecho al agua* (párr. 16); CIDH, caso *Oscar Elías Biscet y otros* (párrs. 155 a 158, 264 y 265).

La decisión sobre el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, siguió la misma línea. En el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*, la Corte IDH no consideró probado que la muerte de dieciséis personas integrantes de la comunidad fuera atribuible al Estado, ya que no encontró probada la existencia de una relación de causalidad suficiente entre la situación de deficiente alimentación y atención médica y su deceso. En el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, la Corte IDH, en primer lugar, consideró probado que el hecho de que un grupo de personas se encontrara en una situación de grave insatisfacción de un amplio conjunto de DESC, provocado por factores tales como el “desempleo, el analfabetismo, las tasas de morbilidad por enfermedades evitables, la desnutrición, las precarias condiciones de [...] vivienda y entorno, las limitaciones de acceso y uso de los servicios de salud y agua potable, así como la marginalización por causas económicas, geográficas y culturales” (párr. 168) había generado un riesgo para la vida de estas personas que derivó, efectivamente, en la muerte de algunos de los miembros del grupo. En segundo lugar, el Tribunal entendió que el hecho de que el Estado tuviera conocimiento de esta situación y aún así no proporcionara la debida asistencia, o lo hiciera en forma defectuosa lo hacía responsable por desconocer la obligación de “garantizar” el derecho a la vida, en su modalidad de “prevenir” violaciones al mismo; deber que surge de la conexión del artículo 1.1 del tratado con su artículo 4 (párrs. 159 a 178).

Esta aproximación al concepto de interdependencia busca resaltar la pertinencia de la sistematización de estándares internacionales de derechos humanos que se realiza en el presente texto. En efecto, la interrelación entre los derechos está llamada a fortalecer las estrategias de exigibilidad tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional.

1.4 Grupos afectados por situaciones de vulnerabilidad y principio de no discriminación

Como fue señalado, el enfoque de derechos humanos en las estrategias de desarrollo y reducción de la pobreza concentra particular atención en grupos objeto de discriminación estructural, excluidos y marginados. Estos grupos de especial protección han sido sometidos a condiciones de vulnerabilidad e indefensión que han sido analizadas desde diversos estándares en el derecho internacional de los derechos humanos.

Así por ejemplo, en cuanto a la situación de las mujeres, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (en adelante “OACDH”) ha señalado que “[d]e los 1,300 millones de personas que viven en pobreza, el 70% son mujeres” y las mujeres constituyen, además, la mayoría de analfabetos del mundo. Las mujeres son víctimas de discriminación en la familia, la comunidad y el lugar de trabajo. Un ejemplo al respecto lo constituye el hecho de que las mujeres trabajan más horas que los hombres y la mayor parte de su trabajo no es retribuido y es infravalorado, lo que agrava las desigualdades que afectan a la mujer. Además, la OACDH resalta que “[l]a discriminación de la mujer está generalizada y se ve perpetuada por la supervivencia de prejuicios y tradiciones nocivos para ella, así, por ejemplo, en muchos países no tienen derecho a la propiedad, ni derechos de sucesión”²⁹.

Respecto a los niños y las niñas, y a pesar del reconocimiento internacional recogido en la Observación General No. 18 del Comité de Derechos Civiles y Políticos

²⁹ OACDH, *Los Derechos de la Mujer, responsabilidad de todos, Carpeta de información básica N° 2*, 10 de noviembre de 1997. http://www.unhchr.ch/spanish/html/50th/50kit2_sp.htm#responsib. Asimismo, la CEPAL ha señalado que “la desigualdad de género surge de las construcciones socioculturales e históricas que transforman las diferencias sexuales en discriminaciones: éstas se expresan en la división sexual del trabajo y en un acceso diferencial y jerarquizado a recursos materiales y simbólicos, así como al poder en sus distintas expresiones”. Ver CEPAL, *Pobreza y desigualdad desde una perspectiva de género*, Separata, Santiago de Chile, CEPAL, 2004.

(párr. 5) del derecho que tienen a las medidas de protección, tanto por parte de la familia como de la sociedad y del Estado, que su condición de menores requiere, Naciones Unidas ha señalado que “en el mundo en desarrollo 11 millones de niños siguen muriendo cada año a causa de enfermedades prevenibles o de fácil tratamiento, y la pobreza, la falta de educación, la discriminación y los traumas derivados de la guerra, explotación y los abusos siguen obstaculizando el desarrollo saludable de muchos millones más”. De otra parte, esta organización también ha señalado que 250 millones de niños y mujeres trabajan en condiciones peligrosas para sobrevivir, las niñas, en general, reciben menos alimentos, atención médica y educación que los niños y cada día más de 1,600 niños menores de 15 años quedan infectados con el virus del SIDA³⁰.

Asimismo, otros grupos afectados por situaciones de vulnerabilidad encuentran obstáculos para disfrutar con un nivel igual de protección al del resto de individuos de la sociedad. Son grupos tales como las minorías étnicas, sexuales, religiosas y lingüísticas, las personas con discapacidad, las personas que conviven con el VIH/SIDA, las personas mayores, los trabajadores migrantes, las personas privadas de la libertad, entre muchos otros grupos. El presente trabajo no va a profundizar sobre cada uno de estos grupos, sino que se enfocará en el análisis específico de cada DESC haciendo referencia, además, a las particularidades que presenta cada uno de esos derechos en relación con alguno de estos grupos afectados por una situación de vulnerabilidad. Con todo, el texto hace especial énfasis en la situación de la mujer, las poblaciones indígenas y los niños, sin perjuicio del análisis de algún otro grupo que tenga cierta especial vinculación con algún derecho en particular, así por ejemplo los trabajadores migrantes en relación con el derecho al trabajo, o los adultos mayores en cuanto al derecho a la salud. A continuación se adelanta una reflexión general sobre el principio de no

³⁰ Naciones Unidas, “Los Niños y las Naciones Unidas”, disponible en <http://www.un.org/spanish/Depts/dpi/boletin/infancia/> consultada en abril de 2007.

discriminación, como base de la construcción de estándares jurídicos en orden a una garantía reforzada para los derechos de los miembros de estos grupos. Seguidamente se efectúan unas precisiones sobre algunas temáticas de interés. Cabe anotar que en el presente libro se destina un capítulo específico para los derechos culturales y los derechos de los pueblos indígenas (*infra* acápite 4.10), en el cual es posible encontrar un análisis específico sobre el respectivo contexto de vulnerabilidad.

Las garantías en el disfrute de los DESC deben asegurarse a todos los ciudadanos. Para alcanzar tal objetivo es necesario tener en cuenta las circunstancias diferenciales de algunos individuos o grupos, cuando ello afecte el goce de estos derechos. De nada sirven, pues, las regulaciones y medidas nacionales e internacionales para la garantía de los DESC si esas medidas excluyen en la práctica a ciertas personas por no considerar esas circunstancias propias que les dificulta tal disfrute. El propio Comité de Derechos Humanos establece en su Observación General No. 28, sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, el deber de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para, entre otros, eliminar obstáculos que se interponen al goce de los derechos en condiciones de igualdad, para dar instrucción a la población y a los funcionarios del Estado en materia de derechos humanos y para ajustar la legislación interna (párr. 3).

La necesidad de protección especial de estos grupos está directamente relacionada con los principios de no discriminación y de igualdad (Principios de Limburgo, principios 13, 22 y 35 al 41), que serán analizados en diversos apartados del presente texto. Estos principios no solo se refieren a la no interferencia de los Estados (obligaciones negativas), esto es, que los Estados no adopten medidas de carácter discriminatorio o medidas que generen desigualdad, sino que necesariamente implican que los Estados adopten todas las medidas necesarias (obligaciones positivas de los Estados) para hacer efectivos los derechos, de manera que no se generen discriminaciones en el disfrute de los mismos para aquellos

sometidos a situaciones de vulnerabilidad. El Comité DESC ha señalado que se debe asegurar la igualdad tanto formal como sustantiva, esto es, la igualdad alcanzada a través de normas que tratan a, por ejemplo, mujeres y hombres de manera neutra, y la igualdad sustantiva, que requiere que las normas alivien cualquier situación desfavorable que sufren ciertos grupos (Observación General 16, párrs. 7 y 41). En palabras del Comité: “La necesidad de situar a personas, o grupos de personas desfavorecidos o marginados, al mismo nivel sustantivo que los demás puede exigir en ocasiones medidas especiales provisionales que miran, no solo a la realización de la igualdad formal o *de jure*, sino también a la igualdad de facto o sustantiva entre hombres y mujeres” (párr. 15).

A este respecto cabe hacer mención a las llamadas “acciones afirmativas” o “acciones positivas” (medidas especiales). Según el Informe presentado por Marc Bossuyt, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos en relación con este tema, estas medidas consisten en “un paquete coherente de medidas, de carácter temporal, destinadas específicamente a corregir la posición de los miembros de un determinado grupo en uno o varios aspectos de su vida social, para así obtener una igualdad efectiva” (párr. 6)³¹. Este tipo de medidas ha sido también recogido en la Observación General número 18 del Comité de Derechos Humanos, la cual contiene la posibilidad de que los Estados adopten “disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación” de manera que tales medidas pueden dar un trato preferencial a unos grupos de la población en comparación con el resto en cuestiones concretas (párr. 10); así por ejemplo la Observación General No. 18, en la que recoge el deber de los Estado de adoptar medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a la mujer en

³¹ Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Prevention of Discrimination. The concept and practice of affirmative action. Final report submitted by Mr. Marc Bossuyt, Special Rapporteur, in accordance with Sub-Commission resolution 1998/5, Fifty-third session, UN.Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/11.*

forma efectiva e igualitaria. A pesar de haber ciertos grupos en situaciones desventajosas a nivel global, por ejemplo las mujeres, la determinación de cuáles son los individuos con respecto a los cuales se deben establecer acciones positivas corresponde en última instancia a los Estados, que son los que pueden identificar cuales son los grupos que necesitan especial tratamiento dentro de su territorio (Informe del Relator Especial Marc Bossuyt, párr. 9), debido a que las condiciones de los diferentes grupos varía de un Estado a otro dependiendo de las circunstancias culturales, económicas, sociales e históricas de unos y otros. Esta identificación realizada por los Estados será, en definitiva, la que otorgará justificación a las medidas de acción positiva (párr. 16 y ss.).

Los grupos en situación de vulnerabilidad lo son por diferentes circunstancias. En el caso de las mujeres, los Principios de Montreal sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptados en diciembre de 2002) señalan que estos factores causantes de la desigualdad en el disfrute de los DESC son en algunos casos “invisibles, ya que están profundamente arraigados en las relaciones sociales, tanto públicas como privadas, en todos los países”. Por su parte, el Comité DESC ha resaltado que:

[L]as mujeres se ven con frecuencia privadas del disfrute de sus derechos humanos en pie de igualdad, en especial debido a la condición inferior que les asigna la tradición y las costumbres o como consecuencia de discriminación abierta o encubierta. Muchas mujeres sufren diversas formas de discriminación al combinarse los motivos de sexo con factores como la raza, el color, el idioma, la religión, las opiniones políticas u otras, el origen nacional o social, el nivel económico, el nacimiento u otros factores como la edad, la pertenencia étnica, la presencia de discapacidad, el estado civil, la condición de refugiado o migrante, que agravan la situación de desventaja (Observación General 16, párr. 5).

En el mismo sentido, establece la Observación No. 28 del Comité de Derechos Humanos que “[l]a desigualdad que padecen las mujeres en el mundo en el disfrute de sus derechos está profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas”, así, su papel subordinado se refleja en circunstancias como la “elevada incidencia de selección prenatal por el sexo del feto y el aborto de fetos de sexo femenino” (párr. 5), las restricciones que se imponen al derecho de las mujeres a la personalidad jurídica (párr. 19), en la intromisión en la vida privada de la mujer, por ejemplo, en lo que respecta a las funciones reproductivas (párr. 20), en la existencia de actitudes sociales que tienden a marginar a la mujer víctima de una violación (párr. 24), o la existencia de los llamados “crímenes de honor” (párr. 31).

De otra parte, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que los niños y las niñas están en una situación de vulnerabilidad principalmente por su indefensión, lo que hace que sean objeto de abusos como la venta, trabajo infantil, o explotación sexual, entre otros. Dentro de este grupo se encuentran en un estado de mayor vulnerabilidad o desventaja las niñas, los niños indígenas y los niños que viven en pobreza (Observaciones Finales: Bolivia, 1993, párr. 9). Ese estado de desventaja impide a estos niños tener acceso a los derechos básicos, como educación y salud, que le garanticen una vida digna como niños, y una vida digna futura en la edad adulta, ya que ese estado en el que la realidad que les ha tocado les obliga a pertenecer, será la causa de permanencia en el futuro en grupos en desventaja o situación de vulnerabilidad³². La CIDH estableció que:

³² Ver al respecto el voto concurrente de los jueces Antonio Cançado Trindade y Alirio Abreu Burelli, párrs. 2, 3, 4, 6, 8 y 9 en el caso *Villagrán Morales y otros*, proferido por la Corte Interamericana. Estos jueces afirman que “una persona que en su infancia vive, como en tantos países en América Latina, en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear su proyecto de vida, experimenta un estado de padecimiento equivalente a la muerte espiritual; la muerte física que a ésta sigue, en tales circunstancias, es la culminación de la destrucción del ser humano”.

[L]os valores de una sociedad se reflejan profundamente en la forma en como trata a sus niños. En el sistema regional de derechos humanos, al igual que en el sistema universal, se ha dado especial prioridad y protección a los derechos de los niños, porque la juventud de nuestro hemisferio representa nuestra posibilidad colectiva de crear ‘un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre’. Es por esta razón que el artículo 19 establece medidas especiales de protección para los niños que corresponden a su vulnerabilidad como menores y se debe dar especial importancia a la implementación de esta obligación [... E]l respeto a los derechos del niño es una obligación no susceptible de derogación y que no puede ser postergada³³.

En el caso de las personas que conviven con el VIH/SIDA, hay ciertos grupos que son más vulnerables a contraer la enfermedad debido a la imposibilidad o dificultad del disfrute de los DESC así como de los derechos civiles y políticos. Así, mujeres jóvenes que no tienen acceso a información, educación sexual o servicios de salud necesarios, son grupos afectados en este campo³⁴. Al mismo tiempo, las personas que conviven con el VIH/SIDA se encuentran en desventaja en cuanto a la protección de sus DESC ya que las sociedades tienden a discriminarles por esa circunstancia, al mismo tiempo que existen deficiencias en el establecimiento de políticas públicas y medidas necesarias para atender las necesidades básicas de estas personas para el logro de una vida digna.

Para las personas con discapacidad, una de las principales desventajas que dificultan el disfrute de los DESC es la “accesibilidad”. Como lo ha señalado el Comité DESC (Observación General 5), las personas con algún tipo de

³³ CIDH, *Informe sobre Guatemala*, 2001, capítulo XII, párr. 44. También, al respecto, Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-17/02*, párr. 81.

³⁴ OACDH, Introducción al VIH/SIDA y los derechos humanos, disponible en la dirección <http://www.ohchr.org/english/issues/hiv/introhiv.htm> consultada en marzo de 2007.

discapacidad sufren una desigualdad de oportunidades por el mero hecho de tener algún tipo de problema físico o mental que los diferencia del resto de los individuos. Esta diferencia condiciona la capacidad de elección “en cuanto a la forma de intervenir, abordar, informar o hacer uso de una situación”. En este sentido, “[l]a participación en condiciones de igualdad sería una realidad si se garantiza la igualdad de oportunidades para participar a través de medidas que mejoren la accesibilidad”³⁵.

La mayoría de estos grupos en situación de desventaja lo están por el efecto que la pobreza y la marginación generan en ellos. Como se indica en los Principios de Montreal previamente referenciados, se trata de un círculo vicioso del que es difícil salir sin intervención de los Estados y la sociedad en general ya que la situación de discriminación y desventaja de estos grupos proviene de la situación de menor poder en términos económicos, sociales y culturales que ellos ejercen dentro de la sociedad, lo que les subsume en un situación de mayor empobrecimiento y discriminación. Así por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en *Informe sobre la condición de la mujer en las Américas*, señaló que en la región americana “la pobreza y los conflictos armados tienen un efecto negativo y desproporcionado sobre las mujeres. Además, las mujeres miembros de grupos indígenas o de minorías étnicas están expuestas a otras serias violaciones que son el resultado de su situación específica”. Cabe resaltar a este respecto que, incluso cuando existen políticas o medidas de acción afirmativa tendentes a paliar la situación desventajosa de un grupo determinado, ocurre que dentro del propio grupo obtienen mayor beneficio de tales medidas los segmentos más afortunados de ese grupo, mientras que los que están en situaciones más desventajosas dentro del grupo se benefician menos o apenas nada de tales medidas³⁶.

³⁵ <http://www.un.org/spanish/esa/social/disabled/disacc.htm>

³⁶ *The concept and practice of affirmative action...*, párr. 11. A modo de ejemplo, en el propio informe se menciona que las medidas afirmativas

En definitiva, y como será analizado a lo largo de este trabajo, los grupos en situaciones de mayor vulnerabilidad deben gozar de una especial protección para eliminar así las desventajas que inciden negativamente en el disfrute de los derechos fundamentales como cualquier otro ser humano, sin discriminación. La sistematización de estándares internacionales que se efectúa en este texto busca contribuir con este propósito.

1.5 Los estándares internacionales y su interacción con la exigibilidad en el ámbito interno

Los estándares internacionales de derechos humanos cumplen un papel fundamental en el impulso de la exigibilidad de los derechos sociales a nivel interno de los Estados. Esta interacción entre derecho internacional y derecho interno ha sido progresiva y se ha manifestado de diversas formas en las últimas décadas, según los diseños institucionales y legales propios de cada país.

Cabe anotar que en el presente texto (como se explica en el capítulo 2), se hace alusión no sólo a instrumentos internacionales de derechos humanos sino también a jurisprudencia y decisiones (recomendaciones, resoluciones, observaciones generales, informes, etc.) de órganos de control de los sistemas internacionales de protección. Estos pronunciamientos que aún no han sido recogidos en tratados internacionales o en decisiones de organismos estrictamente judiciales, han sido reconocidos como doctrina autorizada o derecho emergente en la materia, también asociado al concepto de *soft law*: “Se trata de declaraciones o principios elaborados por importantes doctrinantes o por cuerpos especializados, que adquieren un valor jurídico importante, debido a que son

para las mujeres suelen beneficiar más a las mujeres blancas de clase media que a las mujeres de clase baja y de otros grupos étnicos. De ahí la influencia negativa de la pobreza sobre ciertos grupos, aún cuando existan medidas de acción positivas destinadas a ellos.

adoptados por órganos internacionales, como la Asamblea General de Naciones Unidas, o al reconocimiento mismo que van ganando, en la medida en que son considerados expresiones de principios generales de derecho o de derecho internacional consuetudinario, o doctrina autorizada sobre el alcance de tratados específicos”³⁷.

Las disposiciones que no son tratados carecen, en principio, de carácter vinculante u obligatorio (con excepción de la Declaración Americana y la Declaración Universal de Derechos Humanos, tal como se explica posteriormente –*infra* acápite 2.1.2.1 y 2.1.2.2–). Sin perjuicio de ello, “la expresión *soft law* busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculantes aunque no carentes de efectos jurídicos”³⁸. En efecto, estas disposiciones sí adquieren valor jurídico al constituirse en una fuente complementaria para la adscripción de sentido a las normas obligatorias. En todo caso una norma de estas características deberá considerarse como doctrina autorizada, sin perjuicio de que por su observancia constante adquiera la naturaleza de costumbre o que detente valor jurisprudencial por ser receptada por los tribunales.

Estos estándares internacionales hacen parte de la doctrina autorizada de interpretación de las normas de derechos humanos. Esta interpretación autorizada, a la luz del principio de interpretación más favorable a la persona humana, debe ser respetada por los Estados según el principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados. La Corte IDH ha dicho que:

[El] *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados

³⁷ Uprimny Yepes, Rodrigo, “Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal”, Bogotá, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2006.

³⁸ Del Toro Huerta, Mauricio Iván, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, p. 519.

(tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo (Opinión Consultiva OC-16, párr. 16).

Estos argumentos permiten afirmar la relevancia de la sistematización de estándares internacionales de los derechos sociales para la aplicación de un enfoque de derechos humanos en las políticas públicas y las estrategias de desarrollo y reducción de la pobreza. En este sentido, si se trata de estándares que constituyen la interpretación autorizada de normas que obligan a los Estados, debe concluirse que todos los funcionarios públicos están obligados a tomar como criterios relevantes dichos estándares en el ejercicio de sus funciones. Ello genera una unidad de protección a través de la interacción entre los sistemas nacionales e internacionales de garantía.

1.6 Estructura del texto y plan de exposición

Precisados los ejes transversales anteriores, el texto tiene la siguiente estructura: inicialmente se presentan los instrumentos, mecanismos y órganos que constituyen la protección internacional de los derechos humanos a través del sistema universal y del sistema interamericano de derechos humanos (capítulo 2). A partir de esta explicación general, se introduce una temática de particular importancia para operativizar los estándares internacionales en el ámbito interno: la precisión de las obligaciones de los Estados frente a los derechos sociales (capítulo 3). Estas obligaciones irradian a todos los derechos humanos y deben proyectarse en estrategias de litigio y exigibilidad tanto a nivel internacional como a

nivel interno. Posteriormente se analiza el contenido básico de los derechos sociales en particular (capítulo 4). Utilizaremos el concepto de contenido básico como categoría que permite articular las fuentes normativas generales, elementos esenciales, obligaciones básicas, prioridades frente a grupos de especial protección así como las temáticas más relevantes para la proyección de un enfoque de derechos humanos en el análisis de cada derecho específico. Finalmente se ofrecen algunas conclusiones sobre la pertinencia de esta metodología de sistematización de la protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales (capítulo 5).

2. Sistemas internacionales de protección de derechos humanos. Generalidades

El Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos es un sistema complejo de organismos e instrumentos, globales y regionales, creados para el establecimiento de estándares básicos y para la regulación específica de aquellos derechos que deben ser garantizados a todos los seres humanos³⁹, así como el establecimiento de las correspondientes obligaciones que dichos derechos generan para los Estados. En este sentido, la OACDH ha dicho que “el derecho internacional concerniente a los derechos humanos se ha elaborado con el propósito de amparar toda la gama de derechos humanos que es preciso hacer efectivos para que las personas puedan vivir una vida plena, libre, segura y sana”⁴⁰.

³⁹ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Folleto Informativo No. 16 (Rev.1)*, en el sitio web www.unhchr.ch/spanish/html/menu6/2/fs16_sp.htm.

⁴⁰ “El derecho internacional concerniente a los derechos humanos se ha elaborado con el propósito de amparar toda la gama de derechos humanos que es preciso hacer efectivos para que las personas puedan vivir una vida plena, libre, segura y sana” (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Folleto Informativo No. 16 (Rev.1)*, en el sitio web www.unhchr.ch/spanish/html/menu6/2/fs16_sp.htm).

Es necesario destacar en este punto que el sistema de protección de derechos humanos es un sistema creado **por los Estados** con obligaciones **para los Estados**. En este sentido, está destinado a regular, en esencia, los límites a los que deben someterse los Estados con respecto a los individuos bajo su jurisdicción, siendo los propios Estados, en sedes internacionales y regionales, los que acuerdan dichos límites y estándares de protección⁴¹. La Corte IDH estableció al respecto que:

[L]os tratados modernos sobre derechos humanos, [...] no son tratados multilaterales [...] concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. [...] [L]os Estados se someten a un orden legal dentro del cual [...] asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción⁴².

La regulación de los derechos humanos se ha convertido en este sentido en un tema nuclear dentro del derecho internacional y de las relaciones internacionales⁴³. Cabe

⁴¹ El momento cumbre en el establecimiento de un cuerpo internacional regulador de los derechos fundamentales inalienables para cualquier ser humano ocurre después de la Segunda Guerra Mundial, cuando los Estados convienen en la necesidad de tal regulación, para evitar que atrocidades como las ocurridas durante dicha guerra volvieran a repetirse, introduciendo el lenguaje de los derechos humanos por primera vez en la Carta de la ONU (Firmada el 26 de junio de 1945. Entrada en vigor: 24 de octubre de 1945).

⁴² Corte IDH, Corte IDH, *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 29.

⁴³ Como así ha quedado establecido por ejemplo en el párr. 4 de la Declaración y Programa de Acción de Viena (establecida en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada entre el 14 al 25 de junio de 1993. A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993), “[L]a promoción y protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales deben ser consideradas como un objetivo prioritario de las Naciones

resaltar sin embargo que aunque su protección se constituyó en sus orígenes como la protección de los individuos frente a los abusos y violaciones cometidos por los Estados, el sistema ha evolucionado y en esa tarea, que originariamente era exclusiva de los Estados, concurren en la actualidad actores no estatales con obligaciones y papel relevantes en la protección de estos derechos⁴⁴. Así, “la sustitución de varias funciones estatales por los actores privados ha resultado en nuevas amenazas para la consecución de los derechos humanos, resultado de las acciones u omisiones de las empresas transnacionales”⁴⁵.

En este sentido, la Corte IDH ha establecido en su jurisprudencia “que puede generarse responsabilidad internacional del Estado por atribución a éste de actos violatorios de derechos humanos cometidos por terceros o particulares, en el marco de las obligaciones del Estado de garantizar el respeto de esos derechos entre individuos”⁴⁶.

Unidas, de conformidad con sus propósitos y principios, en particular el propósito de la cooperación internacional”.

44 Ya la DUDH se proclamó como el “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

45 “Declaración de las Organizaciones Sociales, Sindicales, No Gubernamentales, Representantes de los Pueblos Indígenas y Comunidades Afectadas Convocada a la Consulta Regional del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para Derechos Humanos, Empresas Transnacionales y Otras Empresas”, Bogotá, Colombia, 18-19 de enero de 2007, en el sitio web www.reports-and-materials.org/Declaracion-conjunta-ONG-sobre-consulta-Latinoamericana-de-Ruggie-19-ene-2007.pdf (Traducción de los autores. El texto original dice “[t]he substitution of various state functions by private actors has resulted in new threats to the realization of human rights, resulting from the actions or omissions of transnational corporations”). En esta Declaración se hace énfasis también en el poder que algunas empresas tienen, incluso mayor que algunos Estados, y que sin embargo operan sin regulaciones internacionales claras capaces de declararlas responsables por sus actos.

46 Caso *Masacre del Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C N° 140, párr. 113. Ver también: caso de la *Masacre de Mapiripán*,

El Comité DESC también ha establecido en numerosos documentos la relevancia del papel de otros actores no estatales en la protección de los DESC, así en cuanto al derecho a la salud el Comité DESC estableció que:

[s]i bien sólo los Estados son Partes en el [PIDESC] y, por consiguiente, son los que, en definitiva, tienen la obligación de rendir cuentas por cumplimiento de éste, todos los integrantes de la sociedad –particulares, incluidos los profesionales de la salud, las familias, las comunidades locales, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, las organizaciones de la sociedad civil y el sector de la empresa privada– tienen responsabilidades en cuanto a la realización del derecho a la salud. Por consiguiente, los Estados Partes deben crear un clima que facilite el cumplimiento de esas responsabilidades⁴⁷.

Por otro lado, el creciente número de programas, proyectos e iniciativas, de ámbitos tanto local, regional como universal, para la promoción de los derechos humanos en los sectores privados, demuestra el importante papel que diferentes actores, como por ejemplo las empresas, juegan en el campo de derechos humanos, así como las obligaciones que en ellos recaen como motores de ciertos ámbitos de las sociedades actuales⁴⁸.

Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N°. 134, párr. 111; caso *Tibi* Sentencia de 7 de septiembre de 2004, serie C No. 114, párr. 108; caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110, párr. 91

⁴⁷ ONU, Comité DESC, 22 período de sesiones, 2000, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Observación General No 14, 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4

⁴⁸ Cabe destacar, entre otras, el Pacto Global de las Naciones Unidas. Iniciativa que busca integrar el trabajo de los organismos de las Naciones Unidas, organizaciones no gubernamentales y empresas para el avance conjunto en áreas de derechos humanos, medio ambiente, empleo y lucha contra la corrupción. Para más información ver <http://www.unglobalcompact.org/>

Por otra parte, la Subcomisión para la Protección de los Derechos Humanos creó un Grupo de Trabajo relativo a las empresas

La razón de ser de la existencia de organismos internacionales de derechos humanos radica, por un lado, en la necesidad de crear un *forum* en el cual desarrollar dichos derechos –a través de los instrumentos o normas de derechos humanos–, sus estándares, y adaptar cada una de las regulaciones existentes a las necesidades contemporáneas⁴⁹ y, por otro lado, de supervisar o garantizar el cumplimiento de dichas regulaciones.

El Sistema de protección de los Derechos Humanos puede dividirse en Sistema Universal y sistemas regionales. Así, el Sistema Universal es el establecido por la ONU, y es el sistema en el que deben basarse los demás sistemas, esto es, comprende los estándares mínimos universales, mientras que los mecanismos regionales comprenden las peculiaridades de cada una de las regiones en concreto. Los sistemas regionales de protección de los derechos humanos son el Sistema Europeo, el Sistema Interamericano (SIDH) y el Sistema Africano, cada uno de ellos con su propia estructura, mecanismos e instrumentos de funcionamiento y aplicación dentro de la región.

En el examen de los DESC que se lleva a cabo en este trabajo se analizan los diferentes mecanismos, órganos y regulaciones existentes en los sistemas Universal e Interamericano, y esto es así por la interrelación que debe existir en la protección de derechos humanos entre el Sistema Universal y los sistemas regionales.

transnacionales, que ha funcionado desde 1998 y, entre otras cosas, proclamó las *Normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos* (E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 [2003], aprobada en su 22º periodo de sesiones, el 13 de agosto de 2003). También se ha pronunciado al respecto el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler. (Cfr. ONU, Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler, *El derecho a la alimentación*, Informe de 28 de agosto de 2003. Documento A/58/330, párrs. 27 a 49).

⁴⁹ En la mencionada Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, se estableció el carácter dinámico y evolutivo del proceso de codificación de los derechos humanos.

De manera básica para el entendimiento del sistema de protección de los derechos humanos podemos decir que los Estados disponen la creación de organizaciones de ámbito interestatal (organizaciones internacionales, como por ejemplo la ONU o la OEA) a las que atribuyen ciertas facultades, e incluso ceden parcelas de su soberanía como Estados, para que sean ellas las encargadas de regular ciertos aspectos de la vida internacional, en este caso los derechos humanos, aceptando someterse a sus decisiones. Esos órganos crean otros organismos para cumplir con los mandatos que los Estados les han atribuido. Para llevar a cabo las tareas encomendadas, estos organismos establecen normas que son de muy diferente naturaleza y alcance.

Estos sistemas dependen de la labor de los Estados, por lo que sin la plena colaboración de los Estados que han optado por ser parte de ellos, los sistemas están condenados a no alcanzar los objetivos para los que fueron creados. Por ello existen diferentes mecanismos de control de la actividad de los Estados en materia de derechos humanos. Así, para la existencia de un completo sistema que garantice la plena protección de los derechos humanos, es necesario que los órganos creen, además de la normativa que regula los derechos humanos, medios que aseguren que esas normas sean cumplidas, esto es, garantías.

En este sentido, existen diferentes tipos de órganos: a) aquellos que tienen una función jurisdiccional, como por ejemplo la Corte IDH, que recibe casos contenciosos para pronunciarse sobre violaciones de derechos humanos y los resuelve imponiendo a los Estados conductas como reparación a las víctimas, todo ello mediante sentencias; b) otros órganos tienen funciones de supervisión, de manera que vigilan que los Estados cumplen con sus obligaciones de protección de los derechos humanos. Los documentos que resultan de la actividad de estos órganos de supervisión suelen ser recomendaciones dirigidas a los Estados para que modifiquen conductas lesivas de derechos humanos. Algunos de estos órganos también establecen documentos a través de los cuales

interpretan ciertas partes de alguno de los tratados o normas reguladoras de derechos humanos, o establecen criterios en base a los cuales deben interpretarse ciertas normas, para así armonizar la aplicación de los tratados de la mejor manera posible.

Dentro del segundo grupo de órganos antes mencionado se encuentran también aquellos que tienen funciones que bien podrían denominarse como “cuasi-judiciales”, o “cuasi-contenciosas”; tramitan ante ellos comunicaciones o denuncias particulares y deciden sobre ellas, pero sus decisiones, así como las adoptadas en virtud de los sistemas de monitoreo, no tienen, en principio, la misma fuerza obligatoria que las de los órganos judiciales⁵⁰. Tal es el caso de la CIDH. Algunos órganos, como el Comité de Derechos Humanos de la ONU (CDH), cumplen tanto funciones de supervisión como cuasi-judiciales.

De este modo, vemos que existen básicamente dos tipos de mecanismos para controlar el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones internacionales en derechos humanos: los sistemas de monitoreo o informes y los de tramitación de quejas individuales⁵¹. Estos últimos, de acuerdo

⁵⁰ Dice Loretta Ortiz Ahlf, en su artículo “Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, que “[l]as recomendaciones y observaciones finales emitidas por los órganos internacionales no son vinculativas para los Estados [...] por lo que para compeler a un Estado a su cumplimiento caben dos posibilidades: la presión ejercida por la comunidad internacional mediante la publicidad que se da a los informes o, mediante el empleo de algunas de las sanciones del derecho internacional, como la retorsión”. (En Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B. [Comps.], *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Distribuciones Fontamara, 2004, pp. 23 a 47). No obstante, existen buenos argumentos jurídicos, tales como el principio de buena fe –Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (adoptada el 23 de mayo de 1969. Entrada en vigor: 27 de enero de 1980), artículos 26 y 31–, para aducir que los Estados deben hacer sus mejores esfuerzos para seguir tales decisiones.

⁵¹ Más allá de estos sistemas, de carácter formal, Carlos Villán Durán menciona otros, de carácter informal: los “buenos oficios” y los “contactos directos” a los que agrupa bajo la denominación “procedimientos de conciliación”. De acuerdo a dicho doctrinario, se trata de mecanismos que “se caracterizan por ser estrictamente

al tipo de órgano que los lleve adelante, pueden culminar en decisiones de carácter estrictamente judicial (sentencias) o en recomendaciones a los Estados. Ambos sistemas pueden originarse en un acuerdo entre Estados expresado en un tratado; el segundo de ellos también puede hacerlo en una resolución de un órgano internacional ya existente, generando lo que se llaman “mecanismos extra-convencionales”⁵².

Los sistemas de quejas individuales posibilitan que órganos internacionales analicen violaciones concretas que determinadas personas hubieren sufrido en detrimento de sus derechos fundamentales. En principio, estos sistemas pueden actuar siempre y cuando el asunto ya haya recibido tratamiento ante los órganos internos del Estado⁵³. Si ello ha ocurrido, puede, cumpliéndose ciertos requisitos, llevarse el caso a instancias internacionales. Ante ellas existirán dos partes: el peticionario –que, según el caso, puede ser la víctima o un tercero actuando por cuenta de ella– y el Estado. Luego de finalizado un procedimiento en que será posible, para ambas partes, presentar pruebas y expresar sus consideraciones sobre el asunto, el órgano ante el que tramite el caso dictará una resolución. En ella decidirá si existió o no violación a algún derecho por parte del Estado y, en su caso, ordenará o recomendará a este la adopción de determinadas medidas para tratar el asunto.

Los sistemas de monitoreo tienen una función y una mecánica distintas a la de los sistemas de quejas individuales.

confidenciales y desarrollarse en el terreno de la ‘diplomacia silenciosa’ o ‘tranquila’, tan usual en las relaciones internacionales clásicas entre los Estados” (*Curso de Derecho Internacional de los Derechos humanos*, p. 339).

⁵² Para una explicación detallada de estos mecanismos ver la cuarta parte de la obra de Carlos Villán Durán *Curso de...* (pp. 462 a 759).

⁵³ La regla admite excepciones. Ver al respecto, por ejemplo, el artículo 46 de la CADH, la Opinión Consultiva No. 11 de la Corte IDH (*Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (Arts. 46.1, 46.2^a y 46.2b *Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No 11) y el artículo 5.2.b) del Protocolo Facultativo del PIDCP.

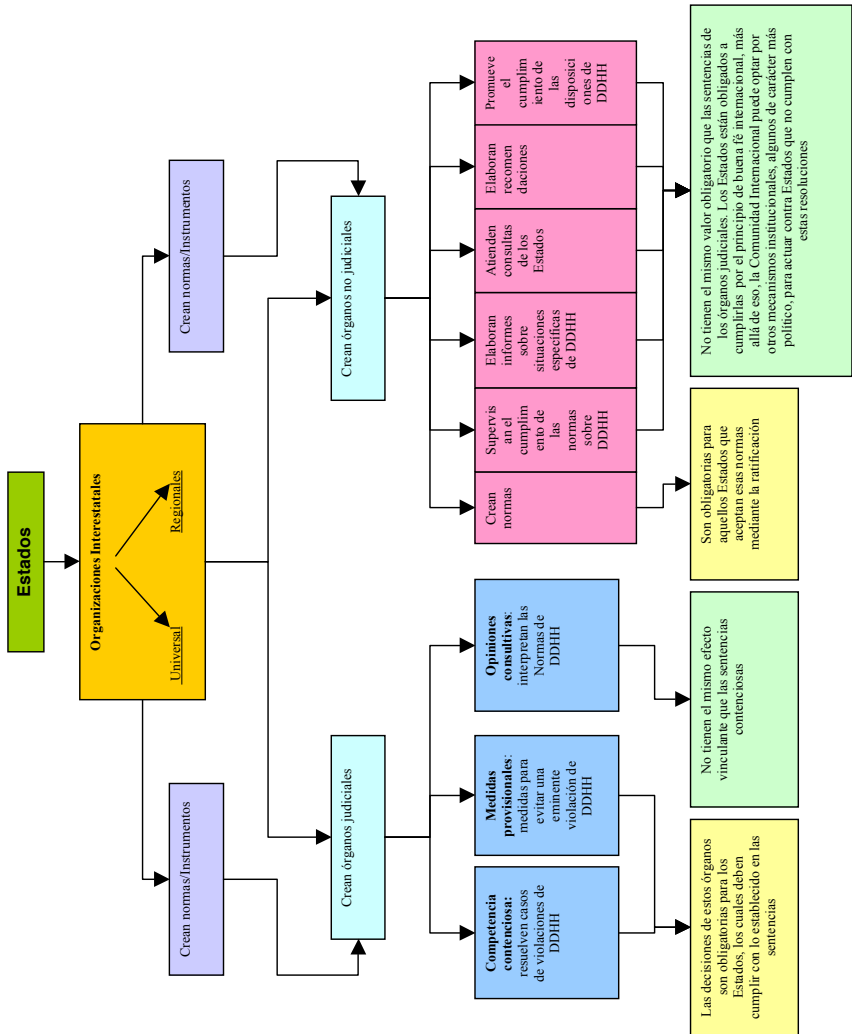
No tienen por objeto tratar casos particulares de violaciones a derechos humanos sino analizar la conducta de los Estados en cuanto a sus acciones tendientes a cumplir determinado instrumento internacional en relación a la generalidad de su población. Tal examen lo realiza el órgano internacional pertinente en cada caso sobre la base de informes que sobre la cuestión presentan periódicamente los distintos Estados. Con posterioridad, el órgano emite sus observaciones finales, incluyendo las conclusiones y recomendaciones que considere correspondientes⁵⁴. Además, órganos que ejercen este tipo de función, como el Comité DESC, han adoptado la práctica de emitir observaciones generales. Estas no tratan sobre una situación o un Estado particular, sino que tienen como cometido ser una guía para los Estados para presentar sus informes o enunciar estándares en relación a los derechos.

Ambos sistemas son costosos a las organizaciones de la sociedad civil. Frecuentemente son ellas las que presentan y llevan a adelante comunicaciones en los sistemas de quejas individuales. También presentan los llamados “*shadow reports*” o informes paralelos, a órganos encargados de ejecutar los mecanismos de monitoreo. Se trata de informes alternativos a los que presentan los Estados que tienen por finalidad acercar al organismo una visión distinta de la situación examinada a la manifestada por aquellos⁵⁵.

⁵⁴ Dice Carlos Villán Duran, en su obra *Curso de...*, que “es notable observar la evolución del sistema de informes periódicos en el marco de [la ONU] en los últimos años, pues se ha ido operando progresivamente en su seno una transformación altamente significativa. Así a través de la revisión de los reglamentos y métodos de trabajo de los distintos Comités, éstos han ido asumiendo progresivamente funciones contradictorias que en su origen no estaban previstas, con el fin de ofrecer a los Estados un diagnóstico de la situación en sus respectivos países en relación con el disfrute real de los derechos consagrados en la convención respectiva. El perfeccionamiento del sistema de los informes periódicos se consigue a partir de la implantación en la práctica de los Comités de las llamadas ‘observaciones finales’ relativas a cada país, con las que los Comités culminan sus trabajos de revisión de los informes periódicos de los Estados.

⁵⁵ Ver al respecto el artículo elaborado por David M. Martínez O. “Aproximación a los mecanismos internacionales de protección de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Para exigir nuestros derechos. Manual de exigibilidad en DESC*, Ed. Antropos, Bogotá, Colombia, 2004, págs. 175 a 219.

En líneas generales, puede decirse que el interés de las organizaciones de la sociedad civil en vincularse al quehacer de los mecanismos internacionales de control de cumplimiento de normas de derechos humanos radica en la potencialidad de tales sistemas para fijar parámetros o estándares en relación a dichos derechos. En efecto, las decisiones de los órganos internacionales tienen un efecto que excede el caso o situación



analizados en ellas. Como veremos, mediante sus resoluciones, los órganos internacionales van, progresivamente, delineando y especificando el contenido de los derechos humanos y los deberes de los Estados en relación a ellos. Tales pautas son luego utilizables, de distintas maneras, como “herramientas” para demandar la adecuación a ellas de las acciones, leyes y políticas de los Estados.

A continuación, en los apartados 2 y 3 de este capítulo, se desarrollarán de manera más específica cuáles son los instrumentos internacionales y regionales en materia de DESC, así como los órganos que realizan funciones con respecto a estos derechos. Con ello, y lejos de hacer un estudio exhaustivo de dichos sistemas, que en definitiva no es el objetivo de este trabajo, se pretende que el lector tenga una base de referencia previa antes de proceder al análisis específico de los DESC y su protección en los sistemas universal e interamericano de derechos humanos.

Así, en el apartado 2 se procede a un análisis somero de los diferentes instrumentos –declaraciones, pactos y otras normas internacionales– que regulan de una u otra forma los DESC, y el tipo de protección que aquellos otorgan. De esos Instrumentos surgen los órganos de cada uno de los sistemas, que serán analizados en el apartado 3, que son los encargados de poner en marcha la maquinaria, o mecanismos, de protección de los derechos humanos.

De este modo, en el Sistema Universal, cada uno de los pactos y convenciones de protección de derechos humanos, crea un Comité específico para la materia concreta de su protección, así, por ejemplo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, crea el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), como un órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de aquella a través de mecanismos específicos como son los informes periódicos de los Estados, las observaciones generales sobre el contenido y alcance

de ciertos derechos, y las recomendaciones a los Estados (procedimientos que se verán más adelante).

2.1 Instrumentos internacionales reguladores de DESC

2.1.1 Sistema Universal

2.1.1.1 Carta de las Naciones Unidas⁵⁶

Es el instrumento constitutivo de la ONU, y declara por tanto los principios, propósitos, estructura institucional y poderes de dicha organización.

A pesar de ser el instrumento base de la ONU, no contiene referencia expresa a derechos concretos ni a su protección, tampoco hace mención específica a los DESC, aunque sí incluye referencias generales a los derechos humanos en su preámbulo y alguno de sus artículos⁵⁷. Sin embargo, es un instrumento de gran importancia, no solo por ser el instrumento que sienta

⁵⁶ Carta de la ONU, se firmó el 26 de junio de 1945 en la Conferencia de San Francisco, entró en vigor el 24 de octubre de 1945.

⁵⁷ En su Preámbulo establece “Resueltos a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”, en el Art. 1.3 determina como uno de los propósitos de la ONU “realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. En el Art. 13.1. b) establece la competencia de la Asamblea General para dictar recomendaciones en materia de derechos humanos, en el Art. 55. c) y el Art. 56 establece la promoción de los derechos humanos como condición para la estabilidad internacional y las relaciones pacíficas y amistosas entre los Estados. En el Art. 62.2 y el Art. 68 establece competencias del Consejo Económico y Social en el campo de la protección de los derechos humanos, así dictar recomendaciones y crear comisiones para su protección. Hace una mención a la protección de los derechos humanos con respecto al régimen de administración fiduciaria, Art. 76. Finalmente en el Art. 73. a) hace referencia a la responsabilidad de las potencias administradoras con respecto a los territorios no autónomos, en concreto, a asegurar el adelanto político, económico, social y educativo de dichos territorios respetando su cultura y protegiéndolos contra todo abuso.

las bases del sistema de la ONU, sino también porque sirve de: “fundamento para la elaboración de un muy extenso conjunto de instrumentos internacionales [...] y para el establecimiento y actuación de órganos especialmente dedicados a la materia [...] [y porque] las disposiciones de la Carta referentes a los derechos humanos han generado un sistema internacional que puede decirse que resulta de sus principio (Art. 1.3), pero que ha ido mucho más allá de lo que surge de la simple lectura de su texto”⁵⁸.

Es de justicia por tanto resaltar que, pese a la generalidad con que la Carta de la ONU trata cualquier referencia a los derechos humanos, una evolución e interpretación progresiva de la misma ha permitido el desarrollo de los actuales mecanismos de protección universal de los derechos humanos, incluida la protección de los DESC, lejana a la inicial función genérica de promoción que se le atribuía a la ONU, más enfocada en la consecución y mantenimiento de la paz, la seguridad y las relaciones amistosas entre los Estados.

2.1.1.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)⁵⁹

Se trata del primer instrumento internacional de regulación universal de derechos humanos. Contiene los principios generales y estándares en materia de derechos humanos, tanto de DESC como de derechos civiles y políticos. Los artículos del 22 al 27 contienen específicamente DESC. Estos derechos son:

- Derecho a la seguridad social
- Derecho a obtener la satisfacción de los DESC indispensables para la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de toda persona

⁵⁸ Héctor Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos II*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Cívitas, 1988, pp. 26-27.

⁵⁹ Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

- Derecho al trabajo
- Derecho a sindicarse
- Derecho al descanso y al tiempo libre
- Derecho a un nivel de vida adecuado
- Derecho a cuidados y asistencia especiales a la maternidad e infancia
- Derecho a la educación
- Derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios del mismo

La DUDH es un documento adoptado por consenso de los Estados pero que en sus inicios no fue concebida como documento con carácter de norma vinculante sino como “manifiesto con carácter político y programático”⁶⁰. Se consagra, a pesar de esos inicios, como el documento fundamental de reconocimiento de los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidos⁶¹, y como la base de cualquier regulación adicional que se produzca de cualquiera de esos derechos.

La DUDH pretende pues una concepción común de los derechos básicos de cualquier ser humano. Su trascendencia radica en el hecho de ser el estándar básico de protección que los Estados lograron acordar a pesar de las perspectivas diferenciadas, peculiaridades nacionales y regionales, los diversos antecedentes históricos e intereses diferentes que caracterizan a cada uno. Cualquier regulación, normativa o descriptiva, que se hiciera posteriormente a este documento

⁶⁰ Felipe Gómez Isa, José Manuel Pureza, *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, 2003, p. 126.

⁶¹ “[C]onvirtiéndose así de ahora en adelante en el referente imprescindible de la humanidad en lo que concierne a la materia de los derechos humanos”. Felipe Gómez Isa, José Manuel Pureza, *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, 2003, página 129.

debería reconocer, al menos, esos derechos y libertades básicas y el mismo grado de protección, dejando abierta la posibilidad de adaptar regulaciones concretas de derechos a las circunstancias específicas de cada Estado o cada región del mundo⁶².

Por tanto, aún inicialmente sin fuerza jurídica vinculante, la DUDH tiene una fuerza moral que es en definitiva la que debería vincular a todos los Estados en su obediencia. Esa fuerza moral reside sin duda en ser el primer documento de aceptación internacional que define de manera universal los derechos básicos de todos los seres humanos⁶³. Más allá de esa *obligatoriedad moral*, la DUDH forma parte del llamado derecho internacional consuetudinario (o costumbre internacional), por la aceptación, por un lado, de dicha norma que los Estados, implícita o explícitamente, han hecho a través de la práctica en el ámbito internacional y nacional, y por otro lado, por la creencia de los Estados de que esa práctica tienen carácter obligatorio (la llamada, en términos jurídicos, *opinio juris*), esto es, que el Estado cumple porque considera que tal cumplimiento es obligatorio⁶⁴. La obligatoriedad de la DUDH ha sido además reconocida por el Acta Final de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos, celebrada en Teherán

⁶² De ahí la existencia de sistemas regionales de derechos humanos, esto es, el SIDH, el Sistema Europeo y el Sistema Africano, que refleja las peculiaridades de cada región, sin obviar por ello el estándar de protección establecido por la DUDH.

⁶³ Este valor moral de la DUDH ha sido puesto de manifiesto en la Declaración del Milenio (resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 55/2) en la que los gobiernos del mundo decidieron [r]espetar y hacer valer plenamente la [DUDH]” (párr. 25).

⁶⁴ Para mayor lectura sobre la obligatoriedad de la DUDH ver, entre otros, Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Distribuciones Fontamara, México, 2004, página 24 y ss. Daniel O’Donell, *Derecho internacional de los derechos humanos; normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, páginas 65 y ss. Héctor Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos II*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Cívitas, 1988, página 30 y ss.

en 1968, la cual declaró que la “[DUDH] enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional”⁶⁵.

2.1.1.3 Los Pactos

En un primer momento en la toma de decisión en cuanto a la elaboración de un Pacto regulador de derechos humanos, la Asamblea General de la ONU solicitó elaborar un único Pacto o Convención que desarrollara derechos específicos y sus límites, complementando así los principios generales y estándares en derechos humanos de la DUDH. Tras largos debates sobre la necesidad de incluir DESC en un mismo instrumento conjuntamente con los derechos civiles y políticos, la Asamblea General de la ONU⁶⁶ solicitó a la Comisión de Derechos Humanos la elaboración de dos Convenciones de Derechos Humanos, una sobre derechos civiles y políticos y otra sobre DESC. Después de un largo proceso de debates y propuestas, los dos pactos fueron adoptados por la Asamblea General de la ONU en 1966⁶⁷.

Ambos Pactos consagran los derechos reconocidos en la DUDH, de manera que los tres instrumentos más los protocolos adicionales al PIDCP constituyen la llamada Carta Internacional de Derechos Humanos⁶⁸.

⁶⁵ Proclamación de Teherán, proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968, párr. 2

⁶⁶ En su Resolución 543 (VI), para. 1.

⁶⁷ Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, Asamblea General de la ONU.

⁶⁸ Fact Sheet No. 2 (Rev. 1), “The International Bill of Human Rights”. <http://www.unhchr.ch/html/menu6/2/fs2.htm>.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁶⁹

El PIDESC es el tratado internacional regulador de las obligaciones de los Estados y de los mecanismos de protección en materia de DESC.

El Pacto es un tratado internacional, esto es, una norma internacional con carácter vinculante para los Estados que lo hayan ratificado, que incurrirán en responsabilidad internacional si no cumplen con las obligaciones en él contenidas⁷⁰. Sin embargo, en contraste con el PIDCP, el PIDESC no contiene mecanismo de denuncias o comunicaciones individuales, de manera que el único mecanismo existente para el control del cumplimiento del Pacto por parte de los Estados consiste en un sistema de informes periódicos de los Estados sobre el estado de protección de los derechos económicos, sociales y culturales en su territorio. A esto hay que añadir que el PIDESC otorga a los Estados un margen de discreción en el uso de los medios que crean apropiados para alcanzar los objetivos en él establecidos. Por tanto, el éxito o no de este mecanismo radica en la existencia exclusiva de un procedimiento no coercitivo de control de la responsabilidad estatal, para cuya tarea fue creado el Comité DESC, el cual será analizado más adelante.

El PIDESC no ha sido complementado con ningún protocolo adicional, sin embargo, tal como se explica en el siguiente apartado, en los últimos años se ha venido discutiendo la posibilidad de adoptar uno que permita tramitar peticiones individuales. Como será analizado más adelante, existen instrumentos internacionales de derechos humanos que otorgan a las personas la posibilidad de interponer denuncias sobre violaciones particulares de derechos humanos; así,

⁶⁹ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

⁷⁰ Hasta el 6 de diciembre de 2006, 155 países han ratificado el Pacto, esto es, han aceptado y se han comprometido a aplicar sus normas.

el protocolo adicional al PIDCP, el Protocolo Adicional a la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer⁷¹, el artículo 22 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁷², el artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁷³. Sin embargo, al no existir un procedimiento de denuncia individual específico, la protección de los DESC contenidos en el PIDESC queda enormemente limitada, no pudiendo además las víctimas obtener reparación internacional por dichas violaciones. Con todo, y como se explica más adelante, existe un Comité DESC que supervisa la aplicación del PIDESC, siendo posible que otros Comités, con competencia para resolver denuncias individuales consideren cuestiones relacionadas con los DESC.

El PIDESC se divide en cinco partes. La primera está integrada exclusivamente por el artículo 1 que establece el **derecho a la libre determinación** de los pueblos. Este artículo coincide con el artículo 1 del PIDCP, resaltando la importancia que este derecho tiene para la garantía y efectividad de cualquier derecho fundamental. Implica el derecho de los pueblos a proporcionar libremente su desarrollo económico, social y cultural⁷⁴.

La segunda parte (artículos 2 al 5) establece la naturaleza y alcance de las obligaciones para los Estados y las limitaciones a los derechos previstos en el PIDESC. El artículo 2 es uno de los

⁷¹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

⁷² Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1).

⁷³ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19.

⁷⁴ Folleto Informativo No. 16 (Rev. 1), Comité DESC.

más importantes del PIDESC ya que esboza las obligaciones que surgen para los Estados.

La tercera parte establece el listado de los derechos sustantivos protegidos por el Pacto, los cuales serán analizados detenidamente en la parte VI de este trabajo, esto es:

- Derecho a trabajar (Art. 6)
- Derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (Art. 7)
- Derecho a la organización sindical y derecho de huelga (Art. 8)
- Derecho a la seguridad social (Art. 9)
- Derecho a la protección de la familia (Art. 10)
- Derecho a un nivel de vida adecuado (Art.11.1)
 - adecuada alimentación
 - adecuado vestido
 - adecuada vivienda
- Derecho a protección contra el hambre (Art. 11.2)
- Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (Art. 12)
- Derecho a la educación (Art.13 y 14)
- Derecho a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones (Art. 15)

La parte cuarta del PIDESC está destinada a la regulación del mecanismo de informes estatales, y la parte quinta a las disposiciones sobre entrada en vigor del mismo.

En definitiva, se trata del máximo instrumento de protección de los DESC de carácter universal, para el cual, como será analizado más adelante, “la progresividad de su implementación práctica, el condicionamiento económico y su justiciabilidad

son algunos de los retos jurídico-económicos que inciden en la correcta realización de su contenido, pero no en su existencia, que ya es un hecho consumado internacional”⁷⁵.

Protocolo facultativo del PIDESC

Teniendo en cuenta la importancia que para la protección de los DESC tendría la aprobación de un Protocolo Facultativo al PIDESC, a continuación se realiza un breve análisis del último Proyecto de Protocolo que ha sido propuesto⁷⁶.

Fue en 1990 cuando se inició una discusión interna en el Comité DESC sobre la posibilidad de adoptar un Protocolo Facultativo, el cual “permitirá reforzar, a la vez, la aplicación práctica del Pacto, y también el diálogo con los Estados Partes, lo que facilitaría fijar más atención de la opinión pública en los [DESC]”⁷⁷. A partir de ese momento, entre otras cosas, se nombró en 2001 un experto independiente para examinar la posibilidad de elaborar un Protocolo Facultativo y se creó en 2003 un Grupo de Trabajo con el mandato de estudiar opciones para la elaboración de un Protocolo⁷⁸.

Del 16 al 27 de julio de 2007 tuvo lugar el cuarto periodo de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Protocolo Facultativo del PIDESC. Para esa ocasión la Presidenta-Relatora, Catarina

⁷⁵ Felipe Gómez Isa, José Manuel Pureza, *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, 2003, p. 191.

⁷⁶ Para profundizar en el debate sobre la adopción de este Protocolo ver Milá Moreno, José “El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales”, en Gómez Isa, Felipe, y Pureza, José Manuel, *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, p. 202 y ss; y Sepúlveda, Magdalena, “El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el proyecto de Protocolo Facultativo: una tarea ineludible”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IV Curso Interamericano Sociedad Civil y Derechos Humanos (Memoria), p. 145 y siguientes.

⁷⁷ Albuquerque, Catarina, “Balance del Grupo de Trabajo sobre el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IV Curso Interamericano Sociedad Civil y Derechos Humanos (Memoria), págs. 130 y 131.

⁷⁸ *Ibid*, p. 141.

de Albuquerque, presentó el 23 de abril de 2007 un proyecto de Protocolo en el que recoge todas las opiniones expresadas durante los anteriores tres periodos de sesiones del Grupo de Trabajo. Entre las diferentes preocupaciones y consideraciones realizadas durante dichas sesiones cabe mencionar i) los posibles costos que entrañaría la aplicación de las disposiciones concretas del Pacto, ii) la cuestión de la justiciabilidad de los DESC, con la discusión en torno a si debieran ser mecanismos nacionales o universales, y iii) el impacto sobre ciertos países más que sobre otros de recibir un número elevado de denuncias individuales.

El texto propuesto en 2007 se basa en los “procedimientos de comunicaciones” ya existentes en otros protocolos, como el protocolo facultativo del PIDCP. En la propuesta que se hace en este proyecto de Protocolo se introduce una novedad con respecto a otros Protocolos. En concreto se sustituye “la referencia a las “comunicaciones de individuos” por una fórmula más general que permit[a] prever en el protocolo facultativo un procedimiento de comunicaciones colectivas”⁷⁹. Este procedimiento permite a las personas particulares o a los grupos de personas que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos recogidos en el PIDESC presentar una comunicación. Además de este procedimiento de comunicaciones por parte de las víctimas se prevé que las ONG puedan comunicar “la observancia insatisfactoria por un Estado Parte de cualesquiera de los derechos enunciados en el Pacto”. La mayor trascendencia de la aprobación del Protocolo facultativo radica pues en la puesta en marcha de este procedimiento de comunicaciones. En palabras de la Presidenta del Grupo de Trabajo, “un sistema para el examen de casos particulares, es la única verdadera esperanza de que la comunidad internacional pueda avanzar hacia la elaboración de

⁷⁹ Anexo II al Proyecto de Protocolo Facultativo del PIDESC, Memorandum de explicación. Documento A/HRC/6/WG.4/2 de 23 de abril de 2007. Preámbulo, párr. 1.

un cuerpo significativo en esta materia”⁸⁰. Esto se desprendió también de las presentaciones realizadas por las ONG en la primera reunión del Grupo de Trabajo sobre el Protocolo Facultativo al PIDESC celebrada en 2004. Así, como recoge Magdalena Sepúlveda, “un protocolo opcional al PIDESC tiene como objeto [...] contribuir a clarificar las obligaciones existentes asumidas por los Estados en razón del PIDESC, incluyendo las obligaciones en materia de cooperación internacional”⁸¹.

Algunos puntos relevantes del proyecto de Protocolo son los siguientes:

- Además de los individuos, los grupos de personas y las ONG, los Estados también pueden presentar comunicaciones contra otro Estado alegando no cumplimiento por parte del último de las obligaciones dimanantes del Pacto. Esto será posible solamente si ambos Estados han reconocido la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones de Estados parte. En estos casos, antes de presentar la comunicación al Comité, un Estado puede presentar una comunicación por escrito al otro Estado respecto de las obligaciones que alega no está cumpliendo, a lo que el Estado receptor responderá con una explicación u otra exposición en la que aclare el asunto que se le atribuye (el procedimiento interestatal está previsto en otros mecanismos de derechos humanos del sistema universal).
- Las comunicaciones pueden referirse a cualquiera de los derechos del Pacto. Éste es un criterio “integral” que refleja

⁸⁰ Albuquerque, Catarina “Balance del Grupo de Trabajo sobre el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IV Curso Interamericano Sociedad Civil y Derechos Humanos (Memoria), 2005, San José, IIDH, p. 131.

⁸¹ Sepúlveda, Magdalena “El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el proyecto de Protocolo Facultativo: una tarea ineludible”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IV Curso Interamericano Sociedad Civil y Derechos Humanos (Memoria), 2005, p. 175.

la posición mayoritaria de los delegados del Grupo de Trabajo (entre los partidarios de este criterio se encuentran el Grupo Africano, Angola, Argentina, Azerbaiyán, Bélgica, Brasil, Congo, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Egipto, España, Etiopía, Finlandia, Irán, Italia, Madagascar, Marruecos, México, Portugal, Senegal, Sudáfrica, Suiza, y Venezuela).

- Los Estados que ratifiquen el Protocolo pueden declarar que no reconocen la competencia del Comité para examinar comunicaciones individuales en relación con determinadas disposiciones del artículo 2. 1 y de los artículos 6 y 15 del Pacto. A este respecto, el Proyecto contiene una cláusula que no permite reservas al Protocolo, sin embargo la posibilidad de eximirse de cumplir las disposiciones antes mencionadas sí refleja un mecanismo de reserva o exclusión.
- Las ONG reconocidas como entidades de carácter consultivo por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (o aquellas a las que un Estado Parte reconozca el derecho a presentar comunicaciones) pueden presentar comunicaciones informando de la inobservancia de derechos recogidos en el PIDESC por cualquier Estado Parte. En la inclusión de este apartado se tuvo como referencia los procedimientos de comunicaciones de la OIT y del sistema europeo, que sí contemplan la posibilidad de comunicaciones presentadas por grupos de personas.
- Para que una comunicación sea admitida, todos los recursos de la jurisdicción interna han de ser previamente agotados (esta disposición fue aceptada por todos los delegados en el Grupo de Trabajo), excepto en casos de prolongación injustificada de los recursos internos o que no sea probable llegar a un remedio efectivo. Entre otras condiciones de admisibilidad se establece que no serán admitidas las comunicaciones anónimas.
- El Comité puede, en cualquier momento, dirigir al Estado una solicitud para que adopte las medidas provisionales

necesarias para evitar posibles daños irreparables. Cabe destacar que el Grupo africano sugirió que se estableciera en el proyecto de Protocolo una relación entre la aplicación de medidas provisionales y la capacidad o recursos de que disponen los Estados. Al respecto, la presidenta-relatora hizo hincapié en el carácter voluntario de la atención a las medidas provisionales así como al hecho de que las medidas provisionales tienen el propósito de hacer frente a situaciones excepcionales o que supongan peligro de muerte. Éste es por tanto uno de los debates que se llevarán a cabo para la aprobación de un Protocolo.

- Las comunicaciones que reciba el Comité serán puestas en conocimiento del Estado correspondiente de manera confidencial. El Estado deberá presentar un escrito con explicaciones o aclaraciones respecto del caso así como las medidas correctivas que haya adoptado, en un plazo de seis meses.
- Se intentará una solución amigable entre las partes.
- Una vez que el Comité realice un examen del fondo del caso, emitirá su dictamen conjuntamente con las eventuales recomendaciones de medidas correctivas.
- Cuando el Comité tenga información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos del PIDESC, el Comité podrá iniciar un procedimiento de investigación, el cual puede incluir visitas al territorio, si el Estado lo autoriza, y realización de informes con carácter urgente. El Comité emitirá sus observaciones y recomendaciones tras examinar las conclusiones de la investigación. Posteriormente podrá invitar al Estado interesado a que informe sobre las medidas que haya adoptado como resultado de la investigación. (El procedimiento de investigaciones es uno de los asuntos que requerirá mayor debate en el Grupo de Trabajo).
- Los Estados parte deberán adoptar las medidas de protección necesarias para garantizar que las personas

que hayan presentado una comunicación no sean objeto de malos tratos ni intimidación.

- Existirá un sistema de asistencia y cooperación internacionales entre el Comité y demás organismos de las Naciones Unidas, de manera que se trasmita información de unos a otros, así como asesoramiento y asistencia técnica a fin de que se pueda ayudar a los Estados a hacer valer de forma más efectiva los derechos reconocidos en el Pacto.
- Se creará un Fondo especial para prestar asistencia económica, cuando se solicite, a los Estados Partes que carezcan de recursos financieros necesarios para aplicar medidas correctivas eficaces.
- Se propone que cada Estado Parte del Protocolo se compromete a dar a conocer ampliamente el Pacto y el Protocolo y a divulgarlos, así como a facilitar el acceso a información sobre los dictámenes y recomendaciones del Comité.
- El proyecto de Protocolo no prevé la posibilidad de reservas por parte de los Estados. Sí caben enmiendas.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁸²

Si bien es cierto que el objeto de este trabajo es el estudio de la protección de los DESC en los ámbitos universal e interamericano de derechos humanos, y que por tanto se tienen en consideración para su análisis aquellos instrumentos reguladores de tales derechos, se toma el PIDCP para este trabajo por la relevancia que el mismo, conjuntamente con el PIDESC, tiene en el campo de los derechos humanos.

Como ya ha sido mencionado con anterioridad, el PIDCP y sus dos Protocolos Facultativos conforman junto con la DUDH y el PIDESC la Carta Internacional de Derechos Humanos,

⁸² Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 220 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 23 de marzo de 1976.

esto es, el núcleo de la protección internacional de los derechos humanos. A esto hay que añadir la ya analizada igualdad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

Por otra parte, el artículo 27, hace referencia específicamente al derecho a la vida cultural, habiendo sido desarrollado su alcance en la Observación General N° 23 del CDH, sobre derechos de las minorías.

Destaca de este derecho su característica de ser un derecho que se otorga a individuos que pertenecen a grupos minoritarios, en contra del resto de derechos, que son derechos que pertenecen por igual a todos los individuos⁸³ sin importar su pertenencia a ningún grupo específico.

El derecho a la vida cultural implica el disfrute de una determinada forma de vida, que puede estar asociada con el uso de recursos de la tierra, como es el caso de muchas comunidades indígenas, y que implica el desarrollo de actividades tradicionales para esa comunidad o grupo de minorías.

El PIDCP tiene un Protocolo Facultativo que otorga al CDH la facultad de recibir y examinar denuncias de particulares en relación con violaciones de este Pacto. Así, los individuos que hayan visto su derecho a la vida cultural violado pueden interponer denuncia contra el Estado directamente ante este órgano.

2.1.1.4 Otros instrumentos

Existen otras normas específicas de derechos humanos, que se caracterizan por ser reguladoras de los derechos humanos de ciertos grupos o individuos afectados por situaciones de vulnerabilidad que requieren protección específica más allá de la protección general que otorgan los instrumentos

⁸³ Observación General N° 23: Artículo 27 (Derechos de las minorías), párr. 1. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/fb7fb12c2fb8bb21c12563ed004df111?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/fb7fb12c2fb8bb21c12563ed004df111?Opendocument).

arriba mencionados. Esos instrumentos contienen derechos equivalentes a los derechos fundamentales generales pero también, adicionalmente, otra serie de derechos necesarios para la plena protección de esos individuos o grupos.

En este sentido, cabe destacar que muchos de esos tratados especializados contienen normas relativas a la protección de DESC. Se analiza a continuación cuáles de esos derechos se protegen en cada uno de esos instrumentos, incluyendo además en el Anexo I, un listado de otros tratados y convenios de ámbito internacional que contienen protección de algunos de los DESC.

Convención sobre los Derechos del Niño⁸⁴

La Convención sobre los Derechos del Niño recoge en su Art. 4 lo siguiente: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los [DESC], los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

De otra parte, insta a los Estados a prestar asistencia a los padres para desempeñar sus funciones relativas a la crianza del niño, a crear instituciones y facilitar servicios para el cuidado de los niños, así como a prestar la asistencia necesaria a los niños mental o físicamente impedidos. Reconoce a éstos últimos el derecho a recibir cuidados especiales, de acuerdo a los recursos disponibles, siendo la asistencia gratuita siempre que así fuera posible. Establece el derecho a que estos niños tengan un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento, con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo

⁸⁴ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la asamblea General de la ONU en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990.

individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

Asimismo, reconoce el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Establece, además, el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social.

Reconoce el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. En este sentido, los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

La Convención sobre los Derechos del Niño también reconoce el derecho del niño a la educación, de manera que los Estados Partes deberán adoptar medidas como implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; fomentar el desarrollo de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional; hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados; hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas.

Este instrumento también enuncia el derecho a la propia vida cultural (Art. 30) del niño perteneciente a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o aquel que sea indígena, así como el derecho al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes (Art. 31).

Por último, se reconoce el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su

educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

La Convención no contiene la posibilidad de interponer denuncias particulares, por tanto el Comité de los Derechos del Niño, el cual tiene funciones similares a las del Comité DESC pero bajo las directrices y ámbito enmarcado por la Convención, no puede resolver casos individuales de violaciones de derechos del niño, en este caso DESC.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer⁸⁵

Este instrumento recuerda en su prólogo la obligación de los Estados Partes de garantizar al hombre y la mujer la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos.

Señala la necesidad de eliminar cualquier forma de discriminación de la mujer (Art. 2) así como de adoptar en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre (Art. 3).

Insta a los Estados a tomar las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de índole discriminatoria, para que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos (Art. 5), para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación (Art. 10), la esfera del empleo (Art.

⁸⁵ Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1981.

11), de la atención médica (Art. 12), en otras esferas de la vida económica y social (Art. 13).

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, además, conmina a los Estados a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, garantizándoles así, entre otros, el derecho de acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia, a beneficiarse directamente de los programas de seguridad social, a obtener todos los tipos de educación y de formación, académica y a gozar de condiciones de vida adecuadas particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones (Art. 14).

El Protocolo Facultativo a este tratado prevé un mecanismo de denuncia individual de violaciones de los derechos protegidos en la misma, además del mecanismo de informes periódicos de los Estados que prevé el propio instrumento, de manera que cualquier mujer que vea vulnerado alguno de sus DESC, de los contenidos en la Convención, podrá interponer ante el Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer una comunicación, siempre que el Estado en cuestión haya ratificado el Protocolo.

Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación Racial⁸⁶

Esta Convención establece en su artículo 2.2 que:

Los Estados Partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos

⁸⁶ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 2106 a (XX), de 21 de diciembre de 1965, entrando en vigor el 4 de enero de 1969.

raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

Establece además la obligación a los Estados de prohibir y eliminar todas formas de discriminación racial y garantizar la igualdad ante la ley en el goce de los derechos, entre otros, económicos, sociales y culturales, y en particular:

- El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria (Art. 5.e i));
- El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse (Art. 5.e ii));
- El derecho a la vivienda (Art. 5.e iii));
- El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales (Art. 5.e iv));
- El derecho a la educación y la formación profesional (Art. 5.e v));
- El derecho a participar, en condiciones de igualdad, en las actividades culturales (Art. 5.e vi));
- El derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques (Art. 5.e vii));

Este tratado contempla un procedimiento para la presentación de comunicaciones individuales de violaciones de derechos contenidos en la misma ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, además de los

mecanismos de presentación de informes y elaboración de recomendaciones en el que se basa en sistema.

Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares⁸⁷

Esta Convención regula de manera detallada la extensión de ciertos DESC en el ámbito específico de los trabajadores migratorios y de sus familiares, haciendo hincapié en la no discriminación de dichos individuos con respecto a los trabajadores nacionales de un Estado Parte.

En este sentido, los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración y de otras condiciones de trabajo. Asimismo establece el derecho a la seguridad social y a la atención médica necesaria, y el derecho a sindicarse. Garantiza, además, el derecho a la educación de los hijos de trabajadores migratorios, y el derecho al disfrute de la actividad cultural, así como al disfrute de la vida familiar.

La Convención también prevé el mecanismo de comunicaciones individuales⁸⁸ por violaciones de derechos protegidos en la misma, además de los demás mecanismos de supervisión que ejerce el Comité de Derechos de Trabajadores Migrantes⁸⁹.

2.1.2 Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH)

En el SIDH los DESC son reconocidos por diversos instrumentos. De ellos, tres son los más relevantes: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

⁸⁷ Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

⁸⁸ Artículo 77.

⁸⁹ Artículos 72 al 76.

(DADD), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y su Protocolo Adicional en la materia que nos ocupa, el “Protocolo de San Salvador” (PSS). Los dos primeros son los documentos centrales sobre los que se ha edificado el Sistema y el último es el único texto de él específicamente dedicado a los derechos en cuestión. Los tres reconocen, de distinta manera, una amplia gama de DESC de modo universal. Cabe resaltar, además, que los tres son utilizables por la CIDH y la Corte IDH para basar sus decisiones⁹⁰.

Analizaremos a continuación, brevemente, cuáles son los derechos contenidos los tres documentos mencionados; adicionalmente, en el Anexo I se enuncian otros instrumentos que contienen normas relativas a DESC.

2.1.2.1 Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre⁹¹

La DADD contiene un preámbulo y dos capítulos. El primero, referido a los derechos, abarca los artículos I a

⁹⁰ Debe aclararse que esto no es así del mismo modo en ambos casos: mientras la CIDH aplica para resolver casos contenciosos, la DADD o la CADH según que el Estado en cuestión haya o no ratificado esta última, la Corte IDH solo puede basar sus pronunciamientos en el Pacto de San José. El PSS da competencia a los dos órganos para decidir sobre eventuales infracciones a él en casos individuales, pero solo respecto a los derechos sindicales y a la educación. Lo dicho no quita la posibilidad de que cualquiera de los dos órganos utilicen cualquiera de los tres instrumentos, u otros, para interpretar las normas en que efectivamente basan sus decisiones. Esto, de hecho, ha ocurrido en reiteradas oportunidades: por ejemplo, en el caso *Milton García Fajardo*, la CIDH interpretó el artículo 26 de la CADH a la luz de los textos de la DADD y el Protocolo de San Salvador (CIDH, Informe de Fondo, No 100/01, caso 11.381, *Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua*, 11 de octubre de 2001); y, en el caso *Baena Ricardo y otros*, la Corte IDH hizo lo propio al tomar en cuenta este Protocolo para dilucidar el contenido del artículo 16 de la CADH.

⁹¹ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia, en el año 1948. Coincidimos con Fabián Salvioli en que el rótulo adecuado de este documento debería haber sido “Declaración Americana de los Derechos y Deberes de la Persona Humana”, o “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Mujer” y que, seguramente, la no adopción de estas denominaciones, u otras similares, obedeció a que en la época el lenguaje del derecho internacional no tenía en cuenta la perspectiva

XXVIII. El segundo trata sobre los deberes de las personas y se extiende desde los artículos XXIX a XXXVIII.

La DADD enuncia en su articulado, en su primer capítulo, tanto derechos civiles y políticos como DESC. Entre estos se encuentran los derechos a:

- a) la constitución y protección de la familia (Art. VI),
- b) a la protección de la maternidad y la infancia (Art. VII),
- c) a la preservación de la salud y el bienestar (Art. XI),
- d) a la educación (Art. XII),
- e) a los beneficios de la cultura (Art. XIII),
- f) al trabajo y a una justa retribución (Art. XIV),
- g) al descanso y a su aprovechamiento (Art. XV),
- h) a la seguridad social (Art. XVI),

Debe aclararse que, pese a que por su naturaleza este texto no resultaría, en principio, obligatorio para los Estados, ello no lo priva de efectos jurídicos. En primer lugar, constituye la base legal sobre la que actúa la CIDH respecto a Estados que no son parte en la CADH. Esto surge el artículo 1 de su Estatuto, que señala que a fines del mismo, por “derechos humanos” se entiende, respecto de tales Estados, los derechos consagrados en la DADD. Esto quiere decir que este documento será el marco de referencia primigenio para analizar y decidir peticiones individuales o la situación de los derechos humanos en tales países. Por otra parte, la Corte IDH ha señalado que los derechos humanos a que hace referencia la Carta de la OEA –que por ser un tratado sí es un instrumento obligatorio– son

de género. (Cfr. Salvioli, Fabián, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista IIDH*, Vol. 39, San José, 2004, pp. 101 a 168).

aquellos contenidos en la DADD⁹². Así, enfáticamente ha dicho la CIDH que la Declaración “tiene plenos efectos jurídicos y es de cumplimiento obligatorio para todos los Estados miembros de la OEA”⁹³. Por todo esto el contenido de la DADD ha adquirido, en la actualidad, carácter obligatorio⁹⁴. Además, valen para este instrumento las reflexiones hechas respecto de la DUDH. De esta manera, la observancia de los DESC reconocidos en ella deviene imperativa para todos los Estados miembros de la OEA.

2.1.2.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹⁵

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la “Convención Americana”, la “CADH” o el “Pacto de San José”) fue adoptada en 1969 y está conformada por un Preámbulo y tres partes. La primera parte se titula “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y se divide en cinco capítulos: el primero enuncia los deberes de los Estados y el segundo refiere a derechos civiles y políticos. El tercer capítulo se titula “Derechos Económicos, Sociales y Culturales” y

⁹² Cfr. Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de Julio de 1989. Serie A No 10.

⁹³ Cfr. CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humano en Paraguay*, OEA/Ser./L/VII.110 doc. 52, 9 de marzo de 2001, Capítulo V, párr. 18; CIDH, *Tercer informe sobre los derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999, Capítulo III, párr. 4.

⁹⁴ Cfr. Faúndez, Héctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”, p. 95.

⁹⁵ Adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en la ciudad de San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969. La CADH entró en vigor el 18 de julio de 1978. A febrero de 2007. se encuentra ratificada por los Estados de Argentina, Barbados, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela. Trinidad & Tobago ratificó el Pacto de San José en 1991 pero posteriormente, en 1998, denunció el mismo (Cfr. sitio web de la Corte IDH: www.corteidh.or.cr).

contiene solo un artículo, el artículo 26, al que se le nombró “Desarrollo Progresivo”.

Al hablar sobre DESC, el Pacto de San José hace una remisión a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “Carta de la OEA”), adoptada en 1948 y modificada en 1967. El artículo 26 consagra lo siguiente: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la [OEA], reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

La determinación del alcance de este artículo ha generado diversos debates doctrinales. El primero de ellos es si la Convención Americana consagra derechos sociales exigibles.

Algunas posiciones consideran que el énfasis en el desarrollo progresivo de estos derechos les priva de justiciabilidad, de tal forma que habría que entenderlos exclusivamente como objetivos programáticos. A ello contribuye una interpretación que considera que “los derechos” consagrados por la Carta de la OEA no serían “derechos en estricto sentido”. En efecto, y como lo señala Héctor Gros Espiell al criticar la no inclusión expresa de cada uno de los DESC en la Convención Americana, “[e]l error consistió en no comprender que las normas económicas, sociales y culturales del Protocolo de Buenos Aires, aunque enumeraban derechos económicos, sociales y culturales no tenían como objetivo aclarar y garantizar derecho humanos sino fijar pautas de conducta de los Estados en materia económica, social y cultural”⁹⁶. Por su parte, el juez Manuel Ventura Robles, después de analizar los antecedentes y trabajos preparatorios de la Convención Americana, considera

⁹⁶ Gros Espiell, Héctor, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano*, San José, Asociación Libro Libre, 1986, p. 114.

que los DESC “no fueron incluidos” en la misma. Por esta razón, el Juez Ventura señala que la jurisprudencia de la Corte IDH ha hecho mención a estos derechos a partir de la violación de derechos civiles y políticos⁹⁷. Posiciones que consideran que el artículo 26 no incluyen derechos sociales, hacen énfasis en el proyecto presentado por la Comisión Interamericana ante la Conferencia Interamericana especializada de 1969 –que no incluía estos derechos–⁹⁸ y en el entendimiento de la cláusula de progresividad como “estándar de no justiciabilidad”⁹⁹.

Otras posturas respecto al artículo 26 de la Convención Americana defienden la tesis de la consagración de derechos exigibles en dicho instrumento. En cuanto al debate sobre los antecedentes históricos de la norma, destacamos que en las actas de la Conferencia Especializada Interamericana se registran tres posturas distintas¹⁰⁰: a) no alusión a los DESC; b) enumeración prolija y expresa de los mismos y c) referencia a los DESC en forma muy general y con referencia a compromisos de progresividad. Cabe anotar que la delegación colombiana hizo una propuesta expresa por la inclusión detallada de los DESC. Esta iniciativa fue rechazada y se propuso una fórmula intermedia de remisión al Protocolo de Buenos Aires, en la que se incluyen los derechos sociales

⁹⁷ Ventura Robles, Manuel, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista IIDH*, No. 40, San José, IIDH, 2004, p. 91 y 130.

⁹⁸ Craven, Matthew, “Economic, Social and Cultural Rights” en Harris, David y Livingstone, Stephen, *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford University Press, 1998, pp. 297-306.

⁹⁹ Cavallaro, James y Schaffer, Emily, “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas” en *Hastings Law Journal*, No. 217, 2005, pp. 225 a 227 y 267 a 269.

¹⁰⁰ Urquilla Bonilla, Carlos Rafael, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos”, en *Revista IIDH*, No. 30-31, San José, IIDH, 2000.

que adicionan la Carta de la OEA¹⁰¹. Teniendo en cuenta dichas actas y el preámbulo de la Convención, según el cual compete a este instrumento la determinación de competencias de los órganos del sistema en materia de DESC¹⁰², es posible inferir que al aceptar la remisión consagrada en el artículo 26, los Estados manifestaron su consentimiento respecto al reconocimiento de los DESC en la CADH¹⁰³.

Por su parte, Abramovich y Rossi resaltan que el artículo 26 alude claramente a la “adopción de medidas” para dar “plena efectividad” a “derechos”. En este sentido, su interpretación literal permite concluir que no enuncia meros objetivos programáticos¹⁰⁴. Estos derechos, de acuerdo a las palabras de la norma, deben inferirse a partir de las normas económicas, sociales y culturales de la Carta de la OEA. Asimismo, cabe anotar que el Juez Sergio García Ramírez también ha señalado que el artículo 26 contempla derechos y que “[t]odos los derechos [...] contenidos en el Pacto de San José y aceptados por los Estados [...] se hallan sujetos al régimen general de

¹⁰¹ OEA, Secretaría General, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos, Doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington, 1969.

¹⁰² En el preámbulo de la Convención se afirma que los Estados parte en la Convención Americana la aprueban “[c]onsiderando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia”.

¹⁰³ Un exhaustivo análisis de los trabajos preparatorios y del recorrido de los DESC en la Conferencia Especializada Interamericana, en orden a defender la tesis del consentimiento de los Estados respecto a la protección de los derechos sociales a través de la CADH, puede verse en Melish, Tara, *Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas*, Center for Human Rights and Global Justice, New York, 2006, pp. 49 a 56.

¹⁰⁴ Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Martin, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara, José A. (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontamara, 2004.

supervisión y decisión, o dicho de otra manera, a los “medios de protección”¹⁰⁵.

Si se aceptan estos puntos de partida (que la Convención Americana consagra derechos sociales), la tarea posterior recae en la interpretación del artículo 26 para determinar i) cuáles son los derechos que es posible inferir a la luz de dicha remisión a la Carta de la OEA, ii) cuáles son los alcances de la cláusula de desarrollo progresivo y iii) cómo operan las obligaciones estatales en relación con estos derechos¹⁰⁶.

Al resolver estos problemas jurídicos, si existen posiciones en conflicto o dudas, la Corte IDH ha señalado que al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano (entre muchos otros, ver el Caso de la Masacre de Mapiripán, párr. 106). Por otra parte, es imprescindible reconocer la jurisprudencia constante de la Corte IDH, siguiendo en este punto a la Corte Europea de Derechos Humanos, en el sentido de considerar a las convenciones de derechos humanos como “instrumentos vivos” que deben ser interpretados a la luz de las condiciones actuales y que la interpretación de los derechos debe hacerse “en el marco

¹⁰⁵García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Cuestiones Constitucionales*, No 9, julio-diciembre 2003, p. 139 y 141.

¹⁰⁶La doctrina ha evaluado exhaustivamente estos temas. Ver en particular, Melish, Tara, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Quito, CDES, Yale Law School, 2003, pp. 379-392; Abramovich y Rossi, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26...”, pp. 457-478; Faúndez Ledesma, Héctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”, en AA.VV, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*, San José, IIDH, 2004, pp. 98 a 102 y 113 a 120; Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Courtis, Christian, Hauser, Denise y Rodríguez Huerta, Gabriela (comps.), *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005, pp. 1 a 66.

de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo” (Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114; Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 120)”. La tarea del intérprete es actualizar el sentido normativo de la Convención. Además, como lo resalta Héctor Faúndez, el artículo 29 d) de la CADH señala que ninguna de sus disposiciones se puede interpretar en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos de la misma naturaleza¹⁰⁷. Cabe resaltar que esta declaración, tal como fue precisado, consagra expresamente diversos derechos sociales.

Uno de los más importantes avances del derecho internacional en la materia que nos ocupa es la superación de las diferencias –en términos obligacionales– entre los derechos sociales y los derechos civiles –aspecto al que ya nos hemos referido (*supra* Introducción)– así como una visión del principio de progresividad armonizada con la justiciabilidad de los derechos sociales (*infra* Capítulo 3).

Ahora bien, entre las posturas sobre los derechos sociales que se derivan del artículo 26 se encuentran i) interpretaciones que entienden como derechos incluidos en la norma sólo aquellos que puedan derivarse de la Carta de la OEA, sin que pueda utilizarse la Declaración Americana o el principio pro persona para su determinación. Según esta postura, el principio de interpretación más favorable sólo debe ser utilizado para fijar el alcance de la respectiva norma¹⁰⁸. Por otra parte, se encuentran ii) posturas que mediante la aplicación del principio de interpretación más favorable determinan los derechos armonizando la Carta de la OEA, la Declaración Americana¹⁰⁹

¹⁰⁷ Faúndez Ledesma, Héctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”, p. 100.

¹⁰⁸ Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26...”, pp. 470 a 478.

¹⁰⁹ Entre las opciones de litigio defendidas por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) se encuentra la utilización del estándar definido por la Corte IDH en su Opinión Consultiva sobre

y el Protocolo de San Salvador¹¹⁰ así como otros instrumentos internacionales pertinentes a la materia (PIDESC, Convenios de la OIT, etc.)¹¹¹.

El presente libro, cuyo carácter es meramente introductorio, no pretende resolver todos estos problemas jurídicos mencionados. A continuación, tan solo se hace referencia a algunos elementos interpretativos que pueden ser de utilidad.

Respecto a los derechos consagrados en el artículo 26, es importante tener presente que la remisión efectuada por este artículo involucra varias normas de la Carta de la OEA, las cuales se incluyen en el CD rom anexo al libro. El conjunto de derechos que es posible inferir puede ser relativamente amplio, pero todo depende de la técnica argumentativa que se utilice para ello¹¹². Más aún si se tiene en cuenta la dificultad de

la Declaración Americana, según el cual, “la Declaración Americana determina los derechos a los que se refiere la Carta de la OEA”. CEJIL considera que “los derechos protegidos por la Carta, a que se refiere el artículo 26, serían aquellos contenidos en la Declaración Americana”. CEJIL, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales y el Sistema Interamericano*, San José, CEJIL, 2005, p. 75.

¹¹⁰ Melish, Tara, “Enfoque según el artículo 26: Invocando los DESC que se derivan de la Carta de la OEA”, en Idem, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano...*, pp. 383-388.

¹¹¹ Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículos 26...”, pp. 8 a 29; CEJIL, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales...*”, pp. 76 a 78 y Krsticevic, Viviana, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano”, en CEJIL, *Construyendo una agenda para la justiciaabilidad de los derechos sociales*, CEJIL, San José, 2004, pp. 167 a 173.

¹¹² En forma meramente explorativa, y bajo la prevención de que siempre es necesaria una construcción argumentativa que justifique la inferencia concreta de derechos, es posible aludir, *inter alia*, a estos derechos sociales en el artículo 26 de la CADH: derechos laborales (derecho al trabajo y conexos) tales como el derecho a salarios justos, condiciones seguras para la vida y la salud en el trabajo, nivel de vida decoroso, jubilación, pensiones por incapacidad, sindicalización, libertad sindical, negociación colectiva y huelga (artículo 26 CADH y artículos 34 g), 45 b), 45 c), 45 d), 45 g) y 46 de la Carta de la OEA), derecho a la seguridad social (artículo 26 CADH y artículos 45 b) y h) y 46 de la Carta de la OEA), derecho a la educación (artículo 26 CADH y artículos 34 h), 47, 48, 49, 50 y 52 de la Carta de la OEA), derecho a los beneficios de la

derivar derechos a partir de normas que establecen objetivos y medidas de políticas públicas. Coincidimos con Christian Courtis, quien señala que “[I]a validez de la inferencia es susceptible de grado: cuanto más clara y abundante sea la base normativa –los “índices”– a partir de la cual se realiza la inferencia, mayor certeza habrá al respecto de su validez. Por el contrario, si las referencias normativas a partir de las cuales se realiza la inferencia son oscuras, vagas o aisladas, la validez de la inferencia se verá debilitada”¹¹³.

Cabe resaltar que la Comisión Interamericana ha defendido la exigibilidad de algunos derechos sociales a través del artículo 26 en el marco de informes de país¹¹⁴ e informes sobre casos individuales. En el caso *Milton García Fajardo y otros* contra Nicaragua, relacionado, *inter alia*, con un despido arbitrario posterior al desarrollo de una huelga, la CIDH consideró que “los derechos económicos de los trabajadores aduaneros entran en el marco de la protección de los [DESC] tutelados por la Convención Americana en su artículo 26” y que en dicho caso, “el Estado nicaragüense, en vez de adoptar medidas de desarrollo progresivo en beneficio de los trabajadores aduaneros, buscó reducir sus derechos, ocasionándoles perjuicios graves en sus derechos económicos y sociales”. Asimismo, la CIDH ha reconocido expresamente que el artículo 26 consagra el

cultura (artículo 26 CADH y artículos 47, 48, 50, 51 y 52 de la Carta de la OEA), derecho al bienestar material o a un nivel de vida adecuado (artículo 26 CADH y artículos 34, 45 a) y 45 f) de la Carta de la OEA), derecho a la salud (artículo 26 y artículos 34 i, 34.l de la Carta de la OEA), derecho a la alimentación (artículo 26 y artículos 34 j), 45 a) y 45 f) de la Carta de la OEA), derecho a la vivienda (artículo 26 CADH y artículos 34 k), 45 a) y 45 f) de la Carta de la OEA) y derecho a un ambiente sano (artículo 26 CADH y artículos 34 l, 45 a) y 45 f) de la Carta de la OEA).

¹¹³ Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26...”, pp. 8 a 9.

¹¹⁴ La CIDH ha dicho que “la Carta de la [OEA] en la reforma efectuada a través del Protocolo de Buenos Aires, en diferentes artículos, entre los que se destacan el 33, 44 y 48, consagra diferentes derechos económicos, sociales y culturales”. (*Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999. Capítulo III, párr. 4).

derecho a la salud (Caso *Jorge Odir Miranda Cortez*, párr. 47; Caso *Luis Rolando Cuscul Pivaral y otros*, párr. 42) y el derecho a la seguridad social (Informe de fondo en el Caso *Cinco Pensionistas*; Caso *Jesús Manuel Naranjo Cárdenas*, párrs. 61 a 64).

Por su parte, la Corte IDH ha tenido que analizar el artículo 26 en algunos casos contenciosos. En el Caso *Cinco Pensionistas*, la CIDH alegó que el retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social constituía una violación del artículo 26. La Corte declaró violado el derecho a la propiedad (artículo 21 de la Convención) pero no el derecho a la seguridad social, considerando que “el desarrollo progresivo” de los derechos sociales se debe medir “en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente” (párr. 147), razón por la cual desestimó “la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de (dicho) caso” (párr. 148). Diversas críticas han surgido en relación con este fallo¹¹⁵, las cuales no serán objeto de análisis en este libro, dado su carácter meramente introductorio. Sin embargo, cabe resaltar que la Corte entendió que la Convención Americana consagra derechos sociales en su artículo 26 aunque, en el caso concreto, la Corte IDH concentró su análisis en una interpretación del principio de progresividad con requisitos de prueba de tipo colectivo. Sobre este punto,

¹¹⁵ Melish, Tara, “A Pyrrhic Victory for Peru’s Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity”, en *Revista CEJIL*, No. 1, 2006 y Curtis, Christian, “La prohibición de regresividad: Apuntes introductorios”, en ídem (coord.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

remitimos al apartado en el que analizamos las obligaciones de progresividad y no regresividad (*infra* acápite 3.3).

En el Caso *Instituto de Reeducación del Menor*, la Corte analizó el alegato de los representantes según el cual se vulneraba el artículo 26 por la no garantía de niveles mínimos de satisfacción de los derechos sociales. Para fijar el alcance del derecho a la vida, el Tribunal tuvo en cuenta derechos sociales consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Protocolo de San Salvador, razón por la cual consideró innecesario pronunciarse, en el caso concreto, respecto al artículo 26.

De otro lado, en el Caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa*, la Corte utilizó el artículo 26 en su análisis de la violación del derecho a la vida. El Tribunal señaló que la obligación de “generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan”, es un deber para cuya verificación, en el caso concreto, debía ser tenido en cuenta, *inter alia*, el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención y algunos derechos sociales establecidos en el Protocolo de San Salvador (párrs. 162 y 163).

La Corte IDH pareciera abandonar la opción de determinar derechos sociales a partir del artículo 26 para concentrar la exigibilidad de los mismos a través de los derechos civiles y políticos. Esta opción, basada en el principio de interdependencia de los derechos humanos, es sumamente valiosa. Sin embargo, el enfoque de interdependencia podría constituir una disminución del ámbito de protección de cada derecho social en particular, dado que existen algunos componentes de los derechos sociales que no pueden ser reconducidos a estándares de derechos civiles y políticos¹¹⁶. En

¹¹⁶ Sobre este punto, ver Melish, Tara, “El litigio supranacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, en AA.VV., *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, México, Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, 2005, p. 215 a 217.

este sentido, se pierde la especificidad tanto de derechos civiles y políticos (que empiezan a abarcarlo todo) como de derechos sociales (que no logran proyectar sus especificidades).

De allí la importancia del debate sobre las obligaciones que se derivan del artículo 26. Al respecto, la CADH enuncia en sus dos primeros artículos obligaciones generales (“respetar”, “garantizar” y, en función de este último deber, “adoptar medidas”). Luego, en su segundo capítulo, refiere a los derechos civiles y políticos sin enunciar deberes de tal carácter. Posteriormente, en el único artículo perteneciente a su tercer capítulo, que versa sobre DESC, la CADH se refiere a obligaciones generales relativas a estos derechos (“adoptar providencias [...] para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos”). Surge la duda entonces de si las obligaciones expresadas en los artículos 1 y 2 del Pacto de San José son o no aplicables a los DESC reconocidos en el tratado. El Juez García Ramírez señala que “[l]as obligaciones generales contenidas en los artículos 1 y 2 abarcan todos los derechos abarcados por el tratado, no apenas aquellos que figuran en el capítulo II”¹¹⁷. La misma postura es avalada por Christian Courtis aduciendo que si estos artículos no distinguen a qué derechos refieren, tampoco debe hacerlo el intérprete¹¹⁸. La jueza Cecilia Medina Quiroga acepta esta razón y agrega que a la misma puede adicionarse el principio de interpretación más favorable. No obstante, la jueza Medina expresa sus reparos, aduciendo que, dado que los artículos 2 y 26 se superponen, en el sentido que ambos establecen el deber de adoptar medidas, parecería que se han querido establecer obligaciones distintas. Además, agrega, si los artículos 1 y 2 se aplican al artículo 26 tampoco estaría claro qué deben respetar y garantizar los Estados. Una solución, según la Jueza de la

¹¹⁷ García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Cuestiones Constitucionales* No 9, julio-diciembre 203, p. 139.

¹¹⁸ Courtis, Christian, “La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través del Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, p. 2 a 29.

Corte IDH, sería sostener que debe garantizarse y respetarse el desarrollo progresivo, aunque señala que “la aplicación de (esos deberes generales de la CADH) no parece ayudar al progreso de los (DESC) si el objeto del respeto y garantía es la progresividad de éstos¹¹⁹. Sin embargo, compartimos la respuesta de Christian Courtis a este argumento en el sentido de que el objeto de las obligaciones de respeto y garantía son los derechos sociales consagrados en el artículo 26. En palabras de este autor, “lo que agrega el artículo 26 –y por eso se trata de un caso de *lex specialis* en relación con el artículo 2– es que el Estado puede concretar la garantía de esos derechos –es decir, en los términos coincidentes de los artículos 2 y 26, el logro de su efectividad– en forma progresiva, y en la medida de los recursos disponibles”, salvo las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento de niveles mínimos esenciales de estos derechos, que no están subordinadas a la progresividad y son de efecto inmediato¹²⁰.

En el presente libro se dedica un capítulo completo al análisis de las obligaciones de los Estados frente a los derechos sociales. Resaltamos en particular que la obligación de desarrollo progresivo no niega la justiciabilidad de estos derechos e, incluso, abre algunas esferas de control judicial del deber de no regresividad. De otra parte, es importante resaltar que las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 (deber de garantía) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) son aplicables a los DESC consagrados en el artículo 26¹²¹.

¹¹⁹ Medina Quiroga, Cecilia, “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana de Derechos Humanos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo 1979-2004*, San José, Corte IDH, 2005, pp. 227 a 228.

¹²⁰ Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, ponencia presentada en el Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, San José, IIDH, 2007, p. 23.

¹²¹ Ver los artículos de Christian Courtis y Tara Melish citados, así como Melish, Tara, “The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity”, en Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International*

En conclusión, el debate en torno al artículo 26 de la Convención Americana es amplio. Con todo, consideramos que en este artículo se consagran derechos económicos, sociales y culturales exigibles a los cuales son aplicables las obligaciones de respeto y garantía (prevención, protección y cumplimiento).

2.1.2.3 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador” o PSS)¹²²

El Protocolo de San Salvador, enuncia una amplia lista de DESC: al trabajo (artículo 6), a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo (artículo 7), derechos sindicales (artículo 8), a la seguridad social (artículo 9), a la salud (artículo

Law, Cambridge University Press, 2007. Cabe anotar que esta última autora considera que el éxito del litigio internacional ante el SIDH que invoque directamente DESC estará asociado a que se analicen los casos con base en los deberes de respeto y garantía y no con base en la obligación de desarrollo progresivo. Para Melish, la progresividad es un estándar de monitoreo, no utilizable en el litigio. La autora explica que el deber de respeto es una obligación negativa e inmediata, y que el deber de garantía involucra obligaciones positivas que en algún modo dependen de los recursos de los Estados. Por el contrario, la obligación de desarrollo progresivo se evalúa ponderando los resultados alcanzados en la satisfacción de los derechos de la población. Finalmente, esta autora considera que “la diferenciación entre “tipos” de obligaciones aplicada a los derechos del Capítulo II y del Capítulo III [de la CADH], respectivamente –uno enfocado en la apropiada conducta estatal, el otro en los niveles globales de disfrute de los derechos más allá de la conducta de los Estados– es la mayor debilidad de la [Corte IDH] en términos de la adecuada protección de los derechos socioeconómicos”. Ver Melish, Tara, “El litigio supranacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, p. 213 y ss.

¹²² Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General. El Protocolo entró en vigor el 16 de noviembre de 1999. A febrero de 2007 se encuentra ratificado por los Estados de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú Suriname y Uruguay (Cfr. sitio web de la CIDH: www.cidh.org).

10), a un medio ambiente sano (artículo 11), a la alimentación (artículo 12), a la educación (artículo 13), a los beneficios de la cultura (artículo 14), a la constitución y protección de la familia (artículo 15), derechos de la niñez (artículo 16), a la protección de los ancianos (artículo 17), a la protección de los minusválidos (artículo 18).

Este texto se presenta como adicional a la CADH, por lo que sólo pueden ser partes del mismo aquellos Estados parte en Pacto de San José. Constituye claramente el documento del SIDH que en forma más amplia y detallada enuncia los DESC¹²³.

Asimismo, el artículo 19 del PSS regula la presentación de peticiones individuales respecto a la violación de los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13. En este artículo los Estados partes también se obligan a la presentación de informes periódicos sobre las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el respeto de los derechos protegidos por el protocolo. En relación con este mecanismo de monitoreo, la Asamblea General de la OEA aprobó en junio de 2005 las normas para la presentación de dichos informes periódicos¹²⁴. A efectos de hacerlas operativas, la misma resolución encomienda al Consejo Permanente y a

¹²³ Cabe preguntarse si la existencia del PSS varía el entendimiento del artículo 26 de la CADH. Fabián Salvioli, luego de colegir que el artículo 26 reconoce derechos, que a ellos son aplicables las obligaciones de respeto y garantía establecidas en las primeras dos disposiciones del tratado y que un Estado puede incurrir en responsabilidad internacional por violación al artículo 26 del Pacto de San José, señala que “[l]a aplicación de cláusula más favorable a la persona humana encuentra su recepción en el artículo cuatro del [PSS]. En virtud de dicha cláusula, no cabe alegar este instrumento para restringir o menoscabar el ejercicio de un derecho reconocido tanto en el plano interno como en otro instrumento internacional. Derivado de este principio, deviene insostenible cualquier postura que pretenda realizar una mirada restringida de la protección de los [DESC] desde la [CADH] utilizando como argumento la adopción o la letra del [PSS]” (Cfr. Salvioli, Fabián, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”, en *Revista IIDH* No. 39, San José, enero-junio 2004, págs. 109, 112, 114 y 115).

¹²⁴ Resolución AG/ RES. 2074 (XXXV-0/05).

la CIDH que propongan, respectivamente, el funcionamiento del Grupo de Trabajo que analizará los informes respectivos y el sistema de indicadores a utilizar.

En cumplimiento de este mandato, en octubre de 2007, la CIDH presentó un documento titulado “Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”¹²⁵. La CIDH busca, de este modo, proveer de lineamientos, tanto a los Estados como a los organismos pertinentes de la OEA y organizaciones de la Sociedad Civil, útiles para la elaboración de informes y su examen, en el marco del artículo 19 del PSS. También se busca “el diseño de un mecanismo interno de evaluación permanente para cada Estado Parte” (párr. 6).

El texto comienza marcando una diferencia de vital importancia entre progreso económico y social y cumplimiento del PSS. Esto último implica el cumplimiento de obligaciones jurídicas –positivas y negativas, inmediatas y progresivas- y su evaluación no implica la ponderación de las bondades de las políticas públicas de los Estados. No obstante, existen puntos de contacto, ya que el cumplimiento de los referidos deberes frecuentemente se hará mediante la adopción de políticas. De todos modos, no se trata de apreciar la opción que libremente escojan los Estados para satisfacer los derechos, sino de evaluar si las mismas violan o no derechos receptados en el PSS. Una política puede ser eficiente en términos de desarrollo pero ser incompatible con dicho tratado, por ejemplo, por ser discriminatoria. Con base en esta óptica, el sistema de monitoreo del PSS tendrá aptitud para ponderar no solo la situación general de un país, sino también situaciones particulares de menoscabo a los derechos, tal como, por ejemplo, la falta de acceso a los mismos por parte de un grupo étnico.

¹²⁵ CIDH, “Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.” OEA/Ser/L/V/II.129 Doc 5, 5 de octubre de 2007.

Correlativamente a lo anterior, en relación con los indicadores a utilizar, debe distinguirse entre indicadores de contexto económico y social e indicadores de derechos. Éstos, a diferencia de lo que puede ocurrir con los primeros, no se restringen a recabar información sobre la situación económica y social de un Estado. Si bien tal determinación será útil, se trata de complementar estos datos con otros referidos a mecanismos institucionales y políticas que apunten a efectivizar los derechos y a factores estructurales que hagan esto posible, como pueden ser el reconocimiento legal de un derecho, el funcionamiento de sistemas de justicia o mecanismos de participación, transparencia y rendición de cuentas, entre otros. Los indicadores de derechos también deben apuntar a ponderar la capacidad de las personas de exigirlos, lo que depende de capacidades de una serie de factores, tales como capacidades materiales, intelectuales, información, conocimiento, entre otros.

En cuanto al tipo de indicadores de derechos a utilizar, la CIDH propone complementar indicadores cuantitativos –por ejemplo, en relación al derecho a la salud, “cantidad de médicos por habitante”- con indicadores de progreso, a los que llama “señales de progreso cualitativas”, que tienen por finalidad poner en contexto a los primeros. Estas señales de progreso son de tres tipos: estructurales, indicadores de proceso e indicadores de resultado. Las primeras buscan hacer visible cómo se organiza el aparato estatal para satisfacer los derechos: por ejemplo, relevan información sobre el reconocimiento legal de los derechos o si se han adoptado políticas o creado agencias para satisfacer los mismos. Los indicadores de proceso, por su parte, tienen por objetivo “medir la calidad y magnitud de los esfuerzos del Estado para implementar los derechos” (párr. 31), por ejemplo, midiendo el alcance o cobertura de planes estatales. Finalmente, los indicadores de resultado apuntan a ponderar el impacto real

de las acciones estatales¹²⁶. Cada uno de estos indicadores deberá aplicarse a la evaluación de tres categorías: “recepción del derecho”, “capacidades estatales” y “contexto financiero y compromiso presupuestario”. La primera refiere al modo en que un derecho es receptado por el orden normativo interno¹²⁷. La segunda trata sobre de qué forma los diversos poderes y reparticiones estatales se organizan en relación al cumplimiento de los derechos: implica analizar la existencia de agencias estatales, sus competencias e interacción, sus capacidades legales y financieras, entre otros aspectos. La tercera, “contexto financiero y compromiso presupuestario” refiere a la disponibilidad de recursos de un estado para afrontar el Gasto Público Social y de qué forma se distribuyen los mismos.

Ahora bien, la CIDH propone aplicar los indicadores y categorías mencionados a la evaluación de cada derecho reconocido en el PSS, pero también a temas transversales a todos ellos, tales como igualdad, acceso a la justicia y acceso a la información y participación. El primer tema hace a la obligación inmediata de los Estados de garantizar que no haya diferencias de trato entre las personas por motivos prohibidos –por ejemplo, raza- en relación al ejercicio y goce de los derechos. Apunta a ponderar los avances o retrocesos de los Estados en relación al acceso a los derechos de todas las personas, especialmente en cuanto a acciones adoptadas respecto de grupos históricamente discriminados. El acceso a la justicia, por su parte, “comprende el examen sobre la posibilidad legal y fáctica de acceso a mecanismos de

¹²⁶La CIDH advierte sobre la importancia de considerar en conjunto los indicadores. Así, si bien atendiendo a indicadores de resultados, podría advertirse una mejora en el grado de satisfacción de los derechos, la misma puede ser fortuita; por el contrario, si se observa una desmejora, la misma puede no ser atribuible al quehacer estatal. Esto marca la importancia de dar relevancia a los indicadores de proceso (Cfr. “Lineamientos...” -párr. 32-).

¹²⁷Por ejemplo, un indicador estructural al respecto es si el derecho está reconocido en la constitución o en leyes, un indicador de proceso es si existe jurisprudencia al respecto (Cfr. “Lineamientos...” -párr. 37-).

reclamo y protección administrativos y judiciales” (párr. 66). La CIDH recuerda al respecto que en el entendimiento del Comité DESC, aspectos significativos de los DESC son exigibles inmediatamente ante autoridades judiciales. También señala los estándares desarrollados en el SIDH, y señala que la obligación estatal no es solo negativa –no impedir el acceso a los tribunales-, sino también positiva: organizar el aparato del Estado de modo que las personas puedan acceder efectivamente a la justicia. El acceso a la información y la posibilidad de participación, por último, son temas íntimamente vinculados. El primero es necesario para viabilizar con efectividad el segundo, y ambos son esenciales a fin de hacer factible el control de las políticas estatales y la incidencia de personas o grupos en las acciones estatales referentes a sus derechos.

Luego de ejemplificar el sistema de indicadores respecto a los derechos a la salud y a la seguridad social, aclarando que el mismo es aplicable igualmente a los demás derechos receptados en el PSS, la CIDH expone algunas propuestas en relación al procedimiento del sistema de informes. Al respecto, señala que será de mucha utilidad garantizar la participación de la sociedad civil en las distintas etapas del procedimiento e inclusive señala que eso sería beneficioso también en los procesos estatales internos de elaboración de informes. Asimismo, el sistema debería guiarse por el principio de amplia publicidad.

Por otra parte, considerando la estructura institucional de la OEA y las posibilidades de labor del Grupo de Trabajo, recomienda que el sistema se desarrolle por fases de acuerdo al agrupamiento de derechos y temáticas afines, y no que se evalúen, de una sola vez, todos los derechos plasmados en el PSS. En esta línea, el punto de partida podría ser la presentación de informes sobre ejes transversales comunes a todos los derechos, de acuerdo a lo expuesto al respecto en el documento.

También sugiere la CIDH, a efectos de evitar que el sistema de indicadores sea una herramienta demasiado rígida, ajustar el sistema general a las pautas de cada región. Para ello el Grupo de Trabajo debería elaborar un diagnóstico preliminar en relación a cada país. Esto podría hacerse con base en información de órganos especializados, de la sociedad civil, de la CIDH y del propio Estado. Finalmente, en cuanto a la evaluación que hará el Grupo de Trabajo, destaca la CIDH que sus miembros y procedimientos deben asegurar los principios de autonomía, independencia e imparcialidad. Asimismo, expresa que sería beneficioso que el Grupo de Trabajo pueda hacer visitas a los países y que la evaluación tenga en cuenta información presentada por organizaciones no gubernamentales relativa a informes presentados por los Estados.

2.1.2.4 La Carta Democrática Interamericana¹²⁸

La Carta Democrática Interamericana, aprobada en el año 2001, constituye otro documento de importancia en relación a los DESC. Si bien no reconoce derechos, adhiriendo a una concepción sustancial de la democracia, su texto resalta la importancia de los DESC para la consolidación de la misma y los considera de igual relevancia y jerarquía que los civiles y políticos. De este modo, en sus consideraciones, sostiene que “la [DADD] y la [CADH] contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia”.

Consecuentemente, afirma que “la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática”, y tiene presente que “el Protocolo de San Salvador en materia de [DESC] resalta la importancia de que tales derechos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función

¹²⁸ Adoptada por la Asamblea General de la OEA en su 28 período extraordinario de sesiones, el 11 de septiembre de 2001.

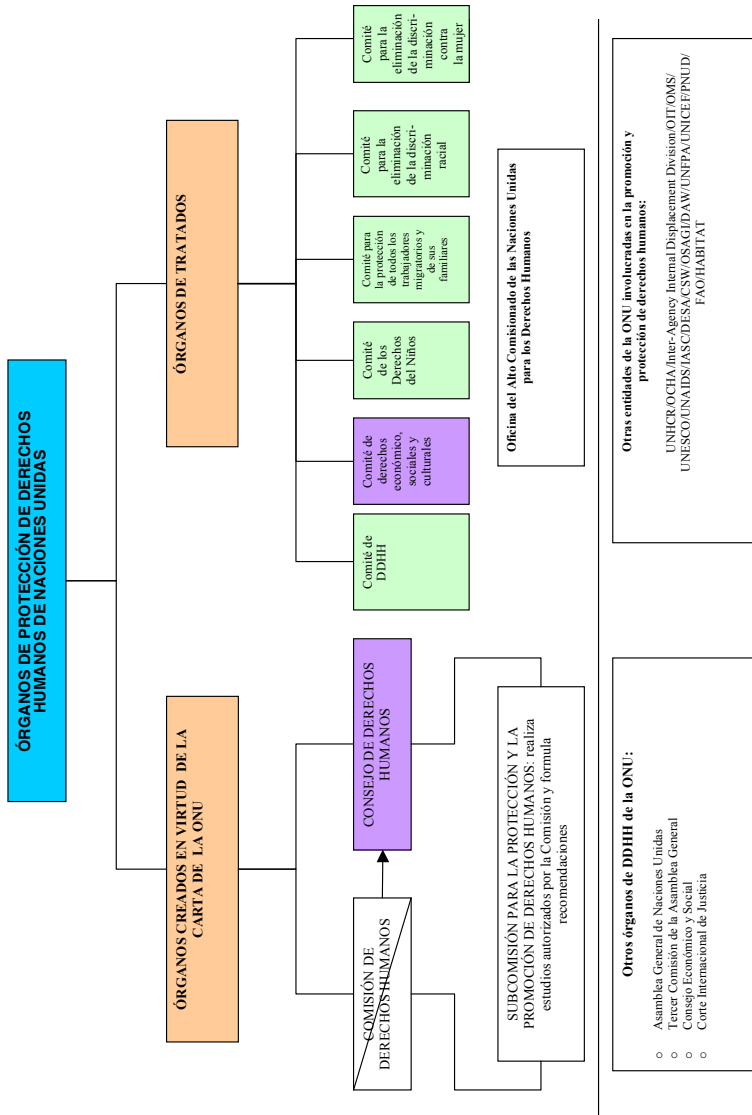
de consolidar el régimen democrático, representativo de gobierno”.

En esta tónica, reconoce la importancia que para la democracia tienen la educación, un ambiente sano, la libre asociación de los trabajadores, la paz y el desarrollo; todos ellos bienes relacionados a los DESC.

Ya en su articulado, la Carta Democrática Interamericana marca como esencial para la democracia representativa el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales (artículo 3), y como componente fundamental de la misma “el respeto por los derechos sociales” (artículo 4), estableciendo además que “la promoción y observancia” de los mismos y de aquellos económicos y culturales, “son consustanciales al desarrollo integral, al crecimiento económico con equidad y a la consolidación de la democracia en los Estados del hemisferio” (artículo 13). El capítulo II de la Carta, dedicado a “[l]a democracia y los derechos humanos”, comienza aduciendo el carácter “universal, indivisible e interdependiente” de los derechos humanos (artículo 7). En él, destaca la trascendencia que para el fortalecimiento de la democracia tienen la “eliminación de toda forma de discriminación” y “la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas” (artículo 9), así como “el ejercicio pleno y eficaz de los derechos de los trabajadores” y la observancia de las normas de la OIT. En el tercer capítulo, titulado “[d]emocracia, desarrollo integral y combate a la pobreza” se destaca la importancia y el vínculo con la democracia que tienen el medio ambiente, la educación, el desarrollo y el combate al analfabetismo y la pobreza (artículos 11, 12, 14, 15 y 16).

2.2 Órganos de protección de los DESC

2.1.1 Sistema Universal de protección de los derechos humanos



Debido a la amplitud del ámbito que regula, el sistema de protección de derechos humanos de la ONU es un sistema complejo de normas y organismos¹²⁷, al que es necesario añadir un elevado número de órganos que no tienen funciones específicamente en derechos humanos pero cuya tarea incide en algún aspecto sobre éstos.

La clave del Sistema Universal recae en la necesaria complementariedad de cada uno de los siete principales tratados en derechos humanos¹²⁸, esto es, son instrumentos interdependientes e interrelacionados de manera que los derechos en ellos contenidos no serán de completo disfrute de manera aislada, si no es en relación con el goce de los demás derechos contenidos en los otros tratados. En este sentido, los órganos de protección de los derechos humanos deben ejercer sus funciones de manera complementaria y coordinada entre ellos para un funcionamiento global del sistema universal de protección de los derechos humanos¹²⁹. Si el mecanismo principal en que se basa el sistema es el de

¹²⁷ Para acceder a un cuadro del organigrama del sistema de la ONU. <http://www.un.org/spanish/aboutun/organigrama.html>.

¹²⁸ PIDCP, PIDESC, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares.

¹²⁹ “Los órganos y organismos especializados relacionados con los derechos humanos deben [...] reforzar la coordinación de sus actividades tomando como base la aplicación consecuente y objetiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos”, así establece la Declaración y Programa de Acción de Viena, establecida en la Conferencia Mundial de Derecho Humanos en Viena, 14 a 25 de junio de 1993. A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1993. Además dedica el apartado II.A al “aumento de la coordinación en la esfera de los derechos humanos dentro del sistema de las Naciones Unidas”, necesario para “fortalecer, racionalizar y simplificar sus actividades, teniendo en cuenta la necesidad de evitar toda duplicación innecesaria”.

[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument).

informes periódicos¹³⁰ de los Estados y recomendaciones de los órganos de derechos humanos, es necesario armonizar los métodos de trabajo de los Comités, incrementar el intercambio de información entre los órganos de derechos humanos, así como alentar los encuentros e intercambios entre los Comités para lograr un sistema homogéneo de protección de los derechos humanos.

Ya en 1983 se planteó la necesidad de tal coordinación y desde entonces se han llevado a cabo reuniones de los presidentes de cada Comité, de manera periódica desde 1995, que se complementaron con reuniones de Comités desde 2002, todo ello para lograr armonizar los métodos de trabajo de los diferentes órganos. En 2005 se creó un Comité de Coordinación para contribuir a la capacidad de los expertos de cumplir con sus mandatos de la manera más coordinada y eficaz posible. Con todo ello, se evitaría la superposición de funciones así como evitar la variedad de prácticas que tienen lugar debido a la libertad con la que cuentan estos órganos en la consecución de sus mandatos y, en definitiva, se lograría también facilitar en cierta medida el trabajo de los Estados, que son los que tienen que adaptarse a los requerimientos que cada órgano de derechos humanos solicita.

Asimismo, se planteó la posibilidad de establecer un sistema de informe único en sustitución del complejo sistema de informes periódicos a cada uno de los Comités, el cual, en numerosos casos, suponía el retraso por parte de los Estados en la presentación de los informes, el envío del mismo informe a órganos diferentes e, incluso, la no presentación de informes.

¹³⁰ Frente a los mecanismos contenciosos que corresponden a los órganos judiciales, el sistema universal de protección de los derechos humanos se basa en mecanismos de informes periódicos que los Estados deben remitir a cada una de las correspondientes comisiones. Como se verá más adelante son mecanismos no coercitivos, basados en la cooperación internacional, con un componente importante de participación de los Estados, los Comités y las agencias especializadas de la ONU, así como de la sociedad civil a través de las ONG. Dichos mecanismos culminan con la emisión de informes finales y recomendaciones a los Estados por parte de los diferentes Comités.

Sin embargo, se acordó que un sistema de informe único podría no ser tan beneficioso para alcanzar los objetivos de cada Tratado. Se optó finalmente por un mecanismo en el que los Estados presentan un documento general sobre el marco general de la protección de los derechos humanos dentro del Estado, que será enviado a todos los Comités u órganos de derechos humanos, así como un documento específico sobre materia de cada tratado en particular que será remitido al órgano responsable de la protección de dicho concreto tratado.

Además de todo este organigrama que compone el sistema de las Naciones Unidas es necesario destacar que existen otros actores necesarios en el ámbito de los derechos humanos. Destacan sin duda las organizaciones de la sociedad civil u organizaciones no gubernamentales (ONG)¹³¹, las cuales juegan un papel fundamental dentro del mismo sistema de la ONU, especialmente en el sistema de procedimientos especiales, a los cuales se hará mención más adelante. No son parte en sí mismas del organigrama de la ONU y por ello no serán analizadas en un apartado específico dentro de este artículo, sin embargo cabe destacar sus funciones dentro del sistema.

En este sentido, las ONG aportan información relevante a los expertos que trabajan para los Comités, fundamentalmente en aquellos casos de Estados no colaboradores con el sistema. Los expertos contrastan la información que las ONG les remiten y en muchos casos la envían a los Estados para su consideración. En el caso del Comité DESC, las ONG que tienen status consultivo en el Consejo Económico y Social tienen la oportunidad de estar presentes y seguir las sesiones del Comité DESC y, si fuera apropiado, remitir información al Comité¹³².

¹³¹ Resolución ECOSOC 1296 (XLIV).

¹³² Resolución del Consejo Económico y Social 1296 (XLIV).

Además de proporcionar información, las ONG ayudan a difundir las conclusiones del sistema de procedimientos especiales y contribuyen en las labores de seguimiento. La participación de las ONG es, por tanto, relevante en el diálogo de la promoción y protección de los derechos humanos y, en particular, de los DESC.

A continuación se analizan los órganos más relevantes en la protección de los DESC en el ámbito del sistema universal de protección de los derechos humanos.

2.2.1.1 La antigua Comisión de Derechos Humanos

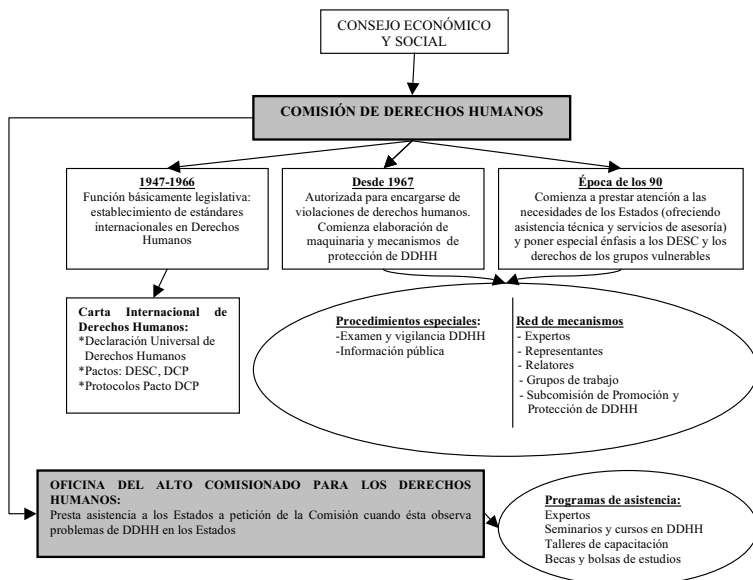
La Comisión de Derechos Humanos fue creada en 1946 como el principal órgano legislativo para la promoción y protección de derechos humanos. Su principal función durante los primeros años de funcionamiento fue la codificación de normas relativas a derechos humanos, entre las que se destaca el Pacto DESC, para posteriormente adaptar su funcionamiento a las necesidades que se planteaban para el avance en la protección y promoción de los derechos humanos. Se destaca en este sentido la creación de los llamados “procedimientos especiales”¹³³ y la red de mecanismos necesarios para llevar a cabo aquellos. De este modo, la Comisión ha sido la responsable de encargar estudios de diferentes aspectos de los derechos humanos a los llamados “expertos en misión”¹³⁴.

La Comisión fue sustituida por la Resolución de la Asamblea General A/RES/60/251 que establece el Consejo de

¹³³ Distintos procedimientos establecidos para promover los derechos humanos en relación con temas específicos y para examinar la situación de dichos derechos en países concretos (mandatos temáticos y mandatos por países).

¹³⁴ Los expertos en misión tienen diferentes nombres, así, relator especial, representante especial o experto independiente, sin embargo todos ellos son los encargados, como titulares de los mandatos o procedimientos especiales, de elaborar los estudios (por países o por temática) de la situación de derechos humanos.

Derechos Humanos, el 15 de marzo de 2006. Se disolvió el 16 de junio de 2006 en su 62º periodo de sesiones.



2.2.1.2 Consejo de Derechos Humanos

El Consejo de Derechos Humanos es un órgano subsidiario de la Asamblea General de la ONU, que fue creado para sustituir a la Comisión de Derechos Humanos. Es el órgano responsable de promover el respeto universal por la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

La tarea principal del Consejo se basa en elaborar recomendaciones en casos de violaciones de derechos humanos, así como promover el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados en materia de derechos humanos. Al igual que ocurría con la Comisión, el Consejo establece mecanismos de expertos para que examinen las dificultades con las que se enfrenta en el ámbito de los derechos humanos.

Así, los expertos¹³⁵ tienen una función esencial en el examen de situaciones concretas. Los trabajos de los expertos se examinan en los periodos de sesiones del Consejo, algunos de ellos también se presentan ante la Asamblea General de la ONU.

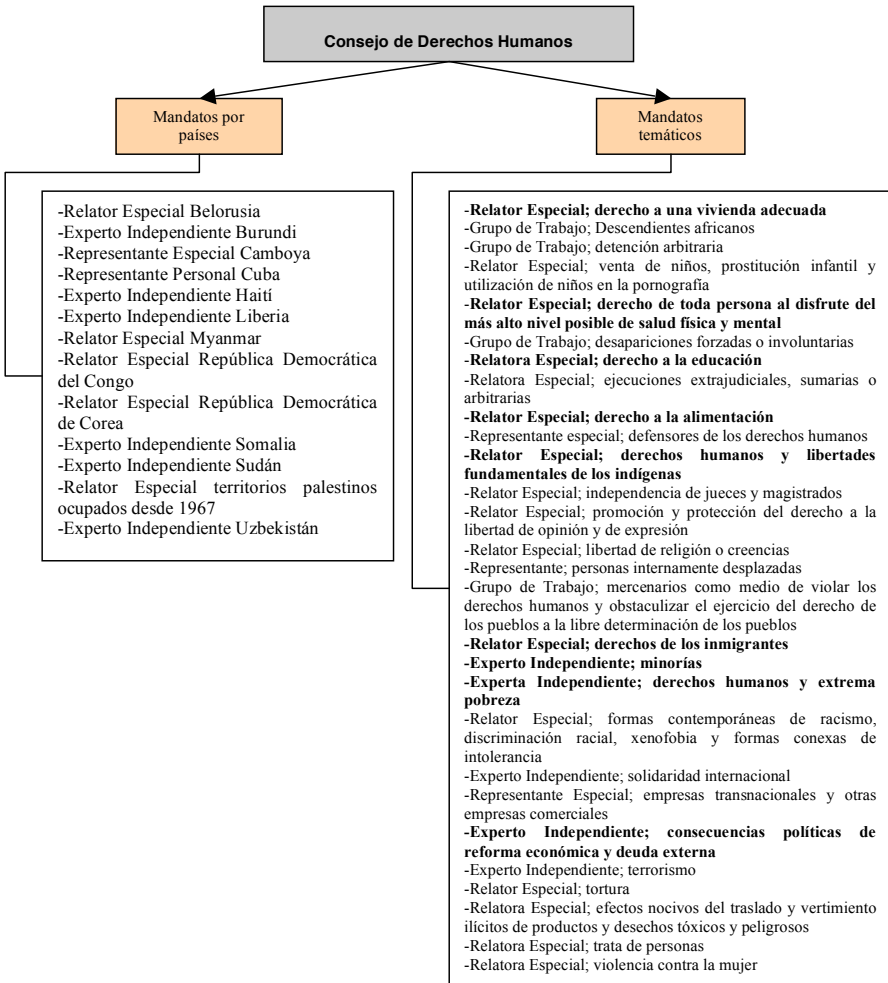
Los expertos realizan visitas a los Estados, especialmente aquellos que tienen mandatos por países, incluidos los países limítrofes con el Estado en cuestión en caso de que éste no permita la entrada al experto, para finalmente elaborar informes sobre la situación de los derechos humanos en ese país o la situación general si se trata de un mandato temático. En todo caso, los expertos mantienen diálogos con los Estados sobre sus conclusiones y emiten recomendaciones.

El éxito del sistema reside en última instancia en el cumplimiento que los Estados hagan de las recomendaciones de los expertos. De manera que la voluntad de los Estados de colaborar adquiere especial relevancia y será valorada de manera positiva por los expertos, que harán hincapié en los esfuerzos que los Estados hacen para mejorar la situación de los derechos humanos dentro de su territorio, lo cual se convierte, en definitiva, en un reconocimiento público. En el mismo sentido, los Estados no colaboradores con el sistema, reciben los efectos negativos que la proyección internacional de su actitud genera en el ámbito internacional.

¹³⁵ Los expertos son personalidades destacadas en derechos humanos, de diversas profesiones, de elevada categoría y conocimiento de los derechos humanos, que trabajan de manera independiente e imparcial, y sin remuneración por parte de la ONU.

Para más información sobre el papel de los Relatores Especiales de la ONU ver *Folleto informativo* N° 25 de las Naciones Unidas: “Diecisiete preguntas frecuentes acerca de los relatores especiales de las Naciones Unidas”. http://www.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs27_s.pdf.

Protección Internacional de los DESC



2.2.1.3 Consejo Económico y Social (ECOSOC)

El Consejo Económico y Social es el órgano encargado de promover el progreso económico y social a nivel mundial, así promueve niveles de vida más elevados, el pleno empleo, asiste en la determinación de soluciones para los problemas económicos y sociales, como la salud, y, en definitiva, fomenta el respeto universal de los derechos humanos, entre ellos los

DESC. Tal es así la relevancia de su función que abarca más del 70% de los recursos del sistema de la ONU.

El ECOSOC coordina la labor de los organismos especializados y de las comisiones, orgánicas y regionales, recibe informes de los fondos y Programas de la ONU y emite recomendaciones de políticas dirigidas a la ONU y a los Estados.

2.2.1.4 Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC)¹³⁶:

El Comité DESC no es un órgano creado por uno de los tratados de derechos humanos, como sí ocurre con el resto de los órganos de vigilancia de los tratados, sino que fue creado por el Consejo Económico y Social (ECOSOC) en 1985, con el fin de fortalecer la supervisión del cumplimiento del PIDESC por parte de los Estados que existía con los Grupos de Trabajo asignados con anterioridad para tal tarea. El Comité DESC es pues el órgano encargado de la supervisión del PIDESC por los Estados Parte del mismo.

El Comité DESC es el órgano designado para asistir al Consejo Económico y Social en las tareas sustantivas a él asignadas por el PIDESC. Consiste en un Comité de 18 expertos en la materia, elegidos –entre personas propuestas por los Estados Parte en el PIDESC– por el ECOSOC para mandatos de cuatro años con posibilidad de ser reelegidos, y cuya tarea es la de considerar los informes de los Estados y elaborar sugerencias y recomendaciones de carácter general. Se reúnen en periodos de sesiones de tres semanas cada uno, dos veces al año.

De acuerdo con el artículo 16 del PIDESC, los Estados se comprometen a presentar informes periódicos sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados,

¹³⁶ Se estableció en virtud de la Resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de la ONU.

con el fin de asegurar el respeto a los DESC. Esos informes son presentados ante el Secretario General de la ONU, quien distribuirá copias al Consejo Económico y Social para que los examine conforme a lo dispuesto en el PIDESC, así como a los organismos especializados de la ONU¹³⁷ de los que sean miembros los Estados que presentan el informe, en aquellos puntos o partes en que se traten materias que son competencia de dichos organismos especializados.

El Comité, en su función de supervisión del cumplimiento por parte de los Estados del PIDESC, debe considerar los informes de los Estados analizando las causas y factores que impiden la realización de los derechos en aquellos casos en que los Estados no hayan cumplido con sus obligaciones bajo el Pacto¹³⁸. Se trata pues de un mecanismo participativo y constructivo en el que se busca el diálogo con los Estados para alcanzar los mecanismos idóneos para el total cumplimiento del PIDESC, y para determinar si los Estados cumplen o no de manera adecuada con los requisitos contenidos en el mismo, es pues, un mecanismo de ayuda a los Estados, no coercitivo, para el logro progresivo de la plena efectividad de los derechos reconocidos en el PIDESC. En este sentido se exige a los Estados mediante la elaboración y presentación de los informes

¹³⁷ Los organismos especializados son entidades independientes vinculadas a la ONU por acuerdos especiales. De manera que funcionan autónomamente, con sus propias normas, presupuestos y órganos rectores, pero presentan informes al Consejo Económico y Social o a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Estos organismos son: Organización Internacional del Trabajo (OIT), Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), Organización Mundial de la Salud (OMS), Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI), Organización Meteorológica Mundial (OMM), Organización las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI), Organización Mundial de la Protección Intelectual (OMPI), Unión Postal Universal (UPU), Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), Grupo del Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional (FMI), Organización Mundial de Comercio (OMC).

¹³⁸ Principios de Limburgo, observación general número 12.

periódicos mantener una cierta “vigilancia” de cada uno de los derechos consagrados en el PIDESC.

Dada la complejidad de los temas regulados por el PIDESC, el Comité DESC puede delegar ciertas tareas a sus miembros, así puede establecer grupos para la elaboración de borradores de las recomendaciones, designar Relatores para asistir al Comité en la preparación de informes sobre temas específicos, consultar a las Agencias especializadas de la ONU, etc.

Uno de los puntos débiles en cuanto a función supervisora del Comité DESC es que no tiene capacidad para recibir quejas individuales, de manera que no puede entrar a analizar o supervisar violaciones particulares de DESC, sino simplemente examinar los informes que los Estados presentan y proporcionar recomendaciones a esos informes en forma de observaciones generales.

2.2.1.5 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)

El eje básico del Sistema Universal de promoción y protección de derechos humanos reside en la actividad de los titulares de los mandatos del sistema de procedimientos especiales, que son los que ejercen las tareas encomendadas en los tratados de derechos humanos. Sin embargo, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), cumple también un papel relevante dentro del ámbito de los derechos humanos. En especial, prestando servicios a los titulares de los mandatos para el desempeño de sus funciones: en la gestión diaria del mandato, preparación de la correspondencia habitual, en las comunicaciones oficiales con gobiernos y otras organizaciones,

asistencia en la preparación de informes, información sobre plazos de presentación de informes, preparación logística de las misiones y apoyo del personal durante las misiones...¹³⁹.

El ACNUDH trabaja a través de subdivisiones, en el ámbito de los DESC, apoyando los mandatos relacionados con estos derechos a través de la Subdivisión de Investigación y del Derecho al Desarrollo.

2.2.1.6 Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (Asamblea General de la ONU)

Se trata de unos de los órganos centrales del sistema de la ONU, compuesta por representantes de todos los Estados miembros de la Organización¹⁴⁰.

La Carta de la ONU establece en su artículo 13 las funciones de la Asamblea, entre las que destacan “fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”¹⁴¹. Como ya se mencionó al analizar la Carta de la ONU, el sistema de derechos humanos, muy genérico y ambiguo en la redacción relativa a la protección de derechos humanos, fue desarrollado a través de sus órganos, en especial a través del trabajo realizado por la Asamblea y el ECOSOC.

¹³⁹ Para más información sobre las responsabilidades del ACNUDH y la decisión del trabajo con respecto a los titulares de mandatos de procedimientos especiales ver “Principios rectores sobre las relaciones de trabajo entre los titulares de mandatos de los procedimientos especiales y el personal del ACNUDH” http://portaltemp.ohchr.org/pls/portal/docs/PAGE/SP_MH/GUIDING%20PRINCIPLES2006.S.PDF.

¹⁴⁰ En la actualidad son 192 los Estados miembros de la ONU. Para más información se puede acceder a <http://www.un.org/spanish/aboutun/memberstates.shtml>.

¹⁴¹ Carta de la ONU, firmada el 26 de junio de 1945 en la Conferencia de San Francisco, entrando en vigor desde el 24 de octubre de 1945, artículo 13.2.

Su actividad en el ámbito de los DESC proviene en gran medida de las resoluciones que dicta y en la creación de órganos subsidiarios¹⁴² para asistirle en el desempeño de sus funciones, con base en las facultades atribuidas en el Art. 22 de la Carta de la ONU.

La Asamblea General de la ONU, en ejercicio de sus funciones, ha dictado numerosas resoluciones vinculadas a DESC. Solo como ejemplo, podemos citar a las resoluciones A/RES/59/202 y A/RES/60/165 sobre el derecho a la alimentación o A/RES/61/190 y A/RES/59/185 acerca del derecho al desarrollo.

2.2.2 Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH):

En el continente americano, la protección internacional de los derechos humanos se realiza a través del SIDH. El mismo surgió y se desarrolló en el marco de la OEA. Está formado por un conjunto de instrumentos y organismos que tienen por finalidad la promoción o defensa de los derechos humanos de los habitantes del continente.

La OEA tiene sus antecedentes remotos en reuniones entre países celebradas entre 1826 y 1889, año en que comenzaron a sucederse una serie de conferencias internacionales americanas¹⁴³. En la novena de estas conferencias, celebrada en el año 1948 en Bogotá, tuvo su nacimiento la OEA¹⁴⁴. Se trata de una organización internacional que reúne a los Estados del continente. De acuerdo al tratado que le dio

¹⁴² Por ejemplo el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

¹⁴³ Cfr. Salvioli, Fabián. *La protección de los derechos...*, p. 101.

¹⁴⁴ Además, se suscribieron en tal conferencia documentos de relevancia para la materia que nos ocupa: la DADD y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.

origen –la Carta de la OEA¹⁴⁵– su misión es “lograr un orden de paz y justicia, fomentar [la] solidaridad [de los Estados americanos], robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia”¹⁴⁶. Los derechos fundamentales de la persona humana forman parte de los principios de la Organización¹⁴⁷ y, entre sus propósitos esenciales, se encuentran afianzar la paz, promover y consolidar la democracia representativa, promover el desarrollo económico, social y cultural de los Estados miembros y erradicar la pobreza crítica, temas caros a la temática que nos ocupa¹⁴⁸.

La OEA se forma por órganos creados por la Carta y otros creados por ellos. También se inserta en el marco de la OEA la Corte IDH, una institución judicial internacional autónoma creada por la CADH. Los órganos establecidos por la Carta son la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, los Consejos –Consejo Permanente de la Organización y Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral–, el Comité Jurídico Interamericano, la CIDH, la Secretaría General, las Conferencias Especializadas y los Organismos Especializados (artículo 53 de la Carta). En el ejercicio de sus funciones todos ellos pueden, eventualmente, tratar temas de derechos humanos o afines¹⁴⁹. Dentro de los Organismos Especializados, son pertinentes la Comisión Interamericana de Mujeres, el Instituto Indigenista Interamericano y el Instituto Interamericano del Niño.

¹⁴⁵ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en el año 1948 en Bogotá, Colombia. (Entrada en vigor: 13 de diciembre de 1951. Reformada por el Protocolo de Buenos Aires, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992 y por el Protocolo de Managua en 1993).

¹⁴⁶ Artículo 1.

¹⁴⁷ Artículo 3.

¹⁴⁸ Artículo 2.

¹⁴⁹ Para una descripción de las funciones de todos estos órganos, remitimos al texto de la Carta de la OEA. (artículos 54 a 130).

Dentro del Sistema, existen dos órganos cuya relevancia es particular para la temática que tratamos y que forman lo que se denomina en sentido específico “SIDH” (SIDH): la CIDH y la Corte IDH. Ambos tienen por cometido específico velar por el cumplimiento de instrumentos internacionales de derechos humanos, fundamentalmente, la DADD y la CADH. Otros órganos de la Organización tienen funciones que se relacionan con la defensa de los derechos humanos. A continuación haremos una breve descripción de estos organismos para luego centrarnos en la CIDH y la Corte IDH; excluirémos del análisis aquellos órganos cuya relación con la temática de derechos humanos es escasa: la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores¹⁵⁰, la Secretaría General¹⁵¹ y las Conferencias Especializadas¹⁵².

¹⁵⁰ La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores está formada por tales personas y se reúne a efectos de tratar temas urgentes y comunes a los Estados de la región. Actúa por decisión del Consejo Permanente adoptada con base en la solicitud de cualquier Estado miembro de la Organización (Cfr. Carta de la OEA, artículos 61 y 62).

¹⁵¹ La Secretaría General es un órgano permanente y central de la Organización. Está conducida por un Secretario o Secretaria General elegido por la Asamblea, quien tiene la facultad de crear las dependencias de la Secretaría que considere pertinentes (Cfr. Carta de la OEA, artículos 107, 108 y 113.). Entre sus funciones se encuentran la de promover las “relaciones económicas, sociales, jurídicas, educativas, científicas y culturales entre todos los Estados miembros de la Organización, con especial énfasis en la cooperación para la eliminación de la pobreza crítica”(Cfr. Carta de la OEA, artículo 111) y diversas funciones ejecutivas: ser depositaria de los tratados, presentar a la Asamblea un informe anual sobre las actividades y el estado financiero de la Organización, preparar el proyecto de presupuesto de la misma, asesorar a otros órganos en la preparación de reglamentos y temarios y cumplir encargos de la Asamblea General u otros órganos (Cfr. Carta de la OEA, artículo 112).

¹⁵² “Las Conferencias Especializadas son reuniones intergubernamentales para tratar asuntos técnicos especiales o para desarrollar determinados aspectos de la cooperación interamericana, y se celebran cuando lo resuelva la Asamblea General o la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores” (Carta de la OEA, Art. 122).

2.2.2.1 Asamblea General

La Asamblea General es el órgano máximo del Sistema, en ella están representados todos los Estados de la Organización. Tiene a su cargo, entre otras tareas, decidir la acción y política general de la Organización, determinar su estructura y funciones de sus órganos y considerar los informes que le eleven otros organismos¹⁵³. En general, la competencia material de la Asamblea –es decir, los tópicos que puede tratar– es amplia, no estándole vedada temática alguna vinculada al quehacer de la Organización. Esto incluye la problemática de los derechos humanos. Como resultado de su labor, la Asamblea puede emitir resoluciones, declaraciones o recomendaciones¹⁵⁴.

Es de destacar que, anualmente, tanto la CIDH como la Corte IDH, presentan a la Asamblea informes sobre su labor¹⁵⁵.

En el marco de su labor la Asamblea ha dictado resoluciones referidas a DESC y temas afines. Son ejemplos de ellos las resoluciones 1983 del año 2004, y 2073 y 2074 del año 2005, relativas, respectivamente, a pobreza, equidad e inclusión social, la importancia de la adopción de una Declaración

¹⁵³ Cfr. Carta de la OEA, artículo 54.

¹⁵⁴ Cfr. Reglamento de la Asamblea General de la OEA (Aprobado en el primer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, el 7 de julio de 1970, reformado en los períodos ordinarios de sesiones 3, 4, 7, 8, 10, 11, 13, 20, 22, 27 y 30; y en el período extraordinario de sesiones 18, 5 de junio de 2000, OEA/Ser.P/AG/RES. 1737 [XXX-O/00], artículo 80).

¹⁵⁵ Cfr. Estatuto y Reglamento de la CIDH, artículos 18.f y 56 y 57, respectivamente; CADH, Art. 65. (OEA, Asamblea General, 9 período de sesiones, 1979, *Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (sancionado en 1960, reformado en 1965 y 1979), resolución No. 447, octubre de 1979; CIDH, *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, (aprobado en el 109 período extraordinario de sesiones, celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000, y modificado en su 116 período ordinario de sesiones, celebrado del 7 al 25 de octubre de 2002, en su 118 período ordinario de sesiones, celebrado del 6 al 24 de octubre de 2003 y en su 126 período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 27 de octubre de 2006).

Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y a las Normas para la Confección de Informes Periódicos Previstos en el PSS.

2.2.2.2 Consejo Permanente de la Organización

El Consejo Permanente está formado por un representante de cada Estado, con jerarquía de embajador¹⁵⁶. Conoce de cualquier asunto que le encomienden la Asamblea General o la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores¹⁵⁷. Entre sus funciones se destacan su cometido de velar por las relaciones de amistad entre los Estados miembros y ayudar en la solución de sus controversias, ejecutar las resoluciones de la Asamblea o de la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores que no le fueran encomendadas a otra entidad, formular recomendaciones a la Asamblea General y analizar los informes que le presenten otros órganos de la Organización, entre ellos, la CIDH, el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral, el Comité Jurídico Interamericano y la Secretaría General, presentando luego a la Asamblea General las observaciones y recomendaciones que estime en cada caso¹⁵⁸.

2.2.2.3 Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral

El Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral fue creado en 1996. Depende de la Asamblea General y constituye un foro de diálogo político y técnico para promover acciones conjuntas para el desarrollo y la eliminación de la pobreza¹⁵⁹. Está compuesto por un representante, a nivel

¹⁵⁶Cfr. Carta de la OEA, artículo 80.

¹⁵⁷Cfr. Carta de la OEA, artículo 82.

¹⁵⁸Cfr. Carta de la OEA, artículos 84 y 91

¹⁵⁹Cfr. Estatuto del Consejo (OEA, Asamblea General, *Estatuto del Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral*, 7 de junio de 1996,

ministerial o equivalente, de cada Estado Miembro de la OEA y celebra reuniones anuales, sin perjuicio de otras especiales o sectoriales para tratar temas específicos artículo¹⁶⁰. El Consejo tiene también una comisión ejecutiva, formada por las misiones de los Estados miembros de la Organización, que se ocupa de asegurar que sus decisiones se ejecuten de modo coordinado. También crea el Consejo comisiones especializadas que le ayuden en su quehacer. Asimismo, depende de él la Agencia Interamericana para la Cooperación y el Desarrollo¹⁶¹. El marco de acción del Consejo es definido por mandatos de la Asamblea General. Se concentra en 8 esferas: desarrollo social y generación de empleo productivo; educación; diversificación e integración económicas, apertura comercial y acceso a mercados; desarrollo científico e intercambio y transferencia de tecnología; fortalecimiento de las instituciones democráticas; desarrollo sostenible del turismo; desarrollo sostenible y medio ambiente; cultura.

El Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral tiene importantes funciones en relación al PSS: es el órgano encargado de examinar los informes periódicos que presenten los Estados en relación al cumplimiento del mismo¹⁶².

AG/RES. 1443 (XXVI-O/96), artículos 1 y 2.

¹⁶⁰ Cfr. Estatuto del Consejo, artículo 4.

¹⁶¹ Cfr. Estatuto del Consejo, artículo 5.

¹⁶² PSS, artículo 19.2 (Si bien esta norma nombra otros órganos —el Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura—, los mismos han dejado de existir, siendo reemplazados por el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral). La función mencionada aun no se está cumpliendo. En el año 2005 la Asamblea General aprobó las normas para la confección de informes periódicos, según lo mandaba el artículo 19 del Protocolo de San Salvador (AG/RES. 2074). No obstante, tales normas difieren su operatividad a que el Consejo Permanente apruebe la propuesta que haga la CIDH sobre los indicadores de progreso a utilizar para la evaluación de informes y a que dicho Consejo proponga la composición y funcionamiento del Grupo de Trabajo que analizará los informes (AG/RES. 2074, artículos 2 y 3).

2.2.2.4 Comité Jurídico Interamericano

El Comité Jurídico Interamericano es un órgano técnico formado por 11 juristas. Tiene por función servir de cuerpo consultivo de la OEA en aspectos jurídicos y promover el desarrollo del derecho internacional¹⁶³.

2.2.2.5 Organismos Especializados

Se trata de organismos intergubernamentales creados por acuerdos multilaterales que tienen funciones en materias técnicas de interés común para los Estados. Tienen autonomía técnica, sin perjuicio de que deben tomar en cuenta las recomendaciones de la Asamblea General o los consejos. Presentan informes anuales a la Asamblea General¹⁶⁴.

De los Organismos Especializados existentes, son relevantes para la materia que nos ocupa los siguientes: la Comisión Interamericana de Mujeres, el Instituto Indigenista Interamericano y el Instituto Interamericano del Niño. Trataremos de ellos a continuación.

Comisión Interamericana de Mujeres

La Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), se ocupa de la promoción de los derechos de la mujer y la igualdad de género. Fue establecida en 1928 durante la Sexta Conferencia Internacional Americana, celebrada en La Habana, Cuba. Tiene por misión promover y proteger los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la mujer, a efectos de que pueda gozar de los mismos en condiciones de igualdad con los hombres. Está constituida por una Delegada Titular, por cada Estado miembro. La Asamblea de Delegadas se reúne cada dos años para establecer las políticas y el plan de acción bienal, y elegir al Comité Directivo de siete miembros. Para el cumplimiento de su cometido, entre otras acciones, insta a los

¹⁶³ Cfr. Carta de la OEA, artículos 99 y 101.

¹⁶⁴ Cfr. Carta de la OEA, artículos 124, 126 y 127.

gobiernos a cumplir sus disposiciones u otras emanadas de la Asamblea General o de Conferencias Especializadas y presenta informes a la Asamblea General.

Instituto Indigenista Interamericano

El Instituto Indigenista Interamericano fue creado en 1940 en el Primer Congreso Indigenista Interamericano, realizado en 1940. Luego, en 1942, se suscribió la Convención Internacional Relativa a los Congresos Indigenistas Interamericanos y al Instituto Indigenista Interamericano. “Tiene como objetivos fundamentales la colaboración en la coordinación de políticas indigenistas de los Estados miembros, y promover los trabajos de investigación y capacitación de las personas dedicadas al desarrollo de las comunidades indígenas”¹⁶⁵. Actualmente esta formado por 16 Estados.

Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes

El Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes tuvo su origen en 1927, mediante el acuerdo de diez países americanos. Luego, en 1949, se resolvió su incorporación a la OEA, como organismo especializado de la misma. Se encarga de “promover el estudio de los temas relativos a la niñez, adolescencia y familia en las Américas, y de generar instrumentos técnicos que ayuden a solucionar los problemas que los afectan”¹⁶⁶. Tiene por finalidad primordial “cooperar con los gobiernos de los estados miembros para la promoción del desarrollo de actividades e instrumentos técnicos que contribuyan a la protección integral del niño, niña y adolescentes, y al mejoramiento de la calidad de vida

¹⁶⁵ <http://www.indigenista.org/web/>.

¹⁶⁶ Estatuto del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (aprobado por el Consejo Directivo del IIN durante su 79ª Reunión Ordinaria, celebrada los días 25 y 26 de octubre de 2004 en México, D.F. CD/RES. 06 (79-04). El texto de reforma fue considerado, sin objeciones, por el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (CP/doc. 3964/04) en su Sesión Ordinaria del 2 de febrero de 2005), artículo 1.

de ellos y de sus familias”¹⁶⁷. Entre sus funciones se halla la de “[p]romover acciones orientadas a privilegiar el interés superior del niño, la niña y el adolescente, como sujetos plenos de derecho”¹⁶⁸.

Órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH)

2.2.2.6 La Comisión Interamericana de Derecho Humanos (CIDH)

La CIDH fue creada en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, en 1959. Al año siguiente, el Consejo de la OEA aprobó el Estatuto de la Comisión y eligió a sus primeros miembros. Posteriormente, en 1966 tal norma fue modificada, permitiendo a la Comisión examinar peticiones individuales. En 1967, mediante la reforma de la Carta de la OEA, se transformó en un organismo principal de la misma. Está formada por 7 miembros independientes, propuestos por los Estados y elegidos por la Asamblea General de la OEA (Estatuto de la CIDH, artículo 3).

Conforme el texto de la Carta de la OEA, en su artículo 106, la CIDH tiene como función principal “promover la observancia y defensa de los derechos humanos y [...] servir como órgano consultivo de la Organización en la materia”. La misma norma establece que “[u]na Convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia”. La CADH, suscrita en 1969, realizó tales postulados regulando el funcionamiento de la CIDH y creando la Corte IDH. Posteriormente se sucedieron diversas reformas al Estatuto y al Reglamento de la Comisión, sin variar aspectos sustanciales del esquema descrito.

¹⁶⁷ Estatuto del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, artículo 2.

¹⁶⁸ Estatuto del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, artículo 3.b

Como se observa, la Comisión tiene un doble origen normativo: La Carta de la OEA, que la postula como órgano principal de la misma, y la CADH, que le asigna funciones en relación a ella. De allí que exista un grupo de atribuciones y funciones de la Comisión comunes a todos los Estados miembros de la OEA y otro referido solo a aquellos que hayan ratificado el Pacto de San José. Respecto a estos, la Comisión deberá basar sus pronunciamientos en la DADD y no podrá someter casos particulares a la decisión de la Corte IDH, ni solicitar medidas provisionales a la misma respecto de ellos. Estas facultades sí las tiene en relación a Estados Partes de la CADH, pudiendo además basar sus propios pronunciamientos en dicho texto¹⁶⁹.

La CIDH tiene amplias facultades referidas a la promoción de los derechos humanos en los países de América: puede formular recomendaciones a los gobiernos, preparar estudios o informes o atender consultas de los Estados, entre otras actividades. Debe, asimismo, presentar un informe anual a la Asamblea General. Más allá de este deber, prepara también informes especiales analizando la situación de determinados países o problemáticas.

Para el adecuado cumplimiento de sus funciones, la CIDH puede crear relatorías o grupos de trabajos. Actualmente existen Relatorías temáticas, cuya labor es atinente, respectivamente, a la libertad de expresión, los derechos de la mujer, trabajadores migratorios y miembros de sus familias, pueblos indígenas y personas privadas de libertad. Además, existe una Unidad sobre defensores y defensoras de derechos humanos.

En el marco de estas facultades, la CIDH puede celebrar audiencias de carácter general, en las que cualquier interesado puede acercarse al órgano informador sobre algún tema específico o sobre la situación de los derechos humanos en uno

¹⁶⁹ Ver al respecto los artículos 18, 19 y 20 del Estatuto de la CIDH.

o más Estados¹⁷⁰. Esta posibilidad es frecuentemente utilizada por organizaciones de la sociedad civil.

Más allá de estas competencias generales, la CIDH puede examinar comunicaciones, presentadas por cualquier persona o Estado¹⁷¹, en que se alegue la vulneración de derechos humanos por parte de un Estado de la OEA o un grave riesgo de que esto se produzca¹⁷². En este segundo caso, de considerarlo necesario, la CIDH podrá ordenar al Estado involucrado la adopción de las medidas cautelares que considere pertinentes, a efectos de evitar daños irreparables a las personas amenazadas.

Las peticiones que se presenten a la CIDH pueden aducir la violación a derechos humanos reconocidos en diversos instrumentos pertenecientes al SIDH, entre ellos, la DADD, la CADH, el PSS y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. El trámite se rige por el Estatuto de la Comisión y su Reglamento¹⁷³.

Cuando se recibe una petición, ésta es registrada y se acusa recibo de la misma. Posteriormente, la Secretaría Ejecutiva de la CIDH adelanta una evaluación formal inicial en la que se determina la tramitabilidad de la petición. En el evento de que se ordene dar trámite, se transmite la petición al Estado demandado. A partir de los descargos de las partes, la CIDH decide sobre su admisibilidad. Si se decidiera que una petición es admisible comienza la tramitación sobre el fondo del asunto. Las decisiones sobre admisibilidad, favorables o desfavorables, se hacen públicas y se incluyen en el informe

¹⁷⁰ Cfr. Reglamento de la CIDH, artículos 59, 60 y 64.

¹⁷¹ Hasta ahora ha habido un solo caso tramitado ante el Sistema Interamericano en que un Estado denuncie a otro Estado por violaciones a derechos humanos (CIDH, Informe de Admisibilidad No 11/07, caso 01/01, *Nicaragua vs. Costa Rica*, 8 de marzo de 2007). Este procedimiento está previsto en el artículo 45 de la CADH y en el artículo 48 del Reglamento de la CIDH.

¹⁷² Estatuto y Reglamento de la CIDH, artículos 19 y 20 y 23, 25 y 48, respectivamente.

¹⁷³ Reglamento de la CIDH, artículo 23.

anual que presenta la CIDH a la Asamblea General de la OEA. En el procedimiento sobre el fondo se vuelve a dar a las partes –Estado y peticionarios– oportunidad de que manifiesten sus respectivas posturas sobre la cuestión. Por otra parte, antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, la Comisión se pone a disposición de las partes para intentar una solución amistosa, la cual deberá estar fundada siempre en el respeto a los derechos humanos¹⁷⁴. Si se arribara a este tipo de solución, la CIDH redacta un informe en que se da cuenta de ello, lo transmite a las partes, lo hace público y lo incluye en su informe anual a la Asamblea General de la OEA. Del mismo modo procede si no hubiera solución amistosa y, al tomar una decisión sobre el fondo del caso, coligiera que no hubo una violación de derechos humanos. En caso contrario, redacta también un informe en que incluye recomendaciones al Estado y lo transmite a este, de modo confidencial. En tal caso, establece un plazo para que el Estado informe sobre la adopción de las recomendaciones y notifica al peticionario del hecho de la transmisión del informe al Estado, al tiempo que inquiera sobre la posición de aquél respecto del sometimiento del caso a la Corte IDH. Si vencido el plazo la CIDH estimare que no se han cumplido sus recomendaciones, somete el caso a la Corte IDH, salvo resolución fundada en contrario. Si luego de tres meses de transmitido el informe al Estado el asunto no fue solucionado o sometido a la Corte IDH, la CIDH emite un informe definitivo, en que también incluye recomendaciones al Estado. Este informe se transmite a las partes, quienes informan a la CIDH, en los plazos que ella estipule, sobre el cumplimiento de las recomendaciones. Finalmente, la CIDH evalúa el cumplimiento de las recomendaciones y decide si publica el informe definitivo y si lo incluye en su informe anual a la Asamblea General de la OEA.

En relación a Estados que no fueran parte en la CADH, o que no hubieren aceptado la jurisdicción de la Corte IDH,

¹⁷⁴ Debe aclararse que el procedimiento de solución amistosa es potestativo y ninguna de las partes tiene el deber de aceptar su iniciación ni de consentir una solución de este tipo.

el procedimiento es igual, a excepción de la posibilidad de someter el caso ante este organismo¹⁷⁵.

La CIDH también tiene la facultad de dictar medidas cautelares. Se trata de un procedimiento rápido en que no se decide sobre la vulneración de un derecho humano sino de evitar que tal hecho se produzca. La CIDH puede actuar a iniciativa propia o por una petición. Si de acuerdo a la información disponible entiende que existe un grave riesgo para las personas, toma la decisión respectiva, solicitando al Estado en cuestión que adopte determinadas medidas a efectos de evitar que el riesgo referido se materialice. En cualquier estado del procedimiento y con posterioridad a la decisión que requiere las medidas, la CIDH puede solicitar información a las partes sobre las mismas. Esta facultad de la CIDH tiene un carácter cautelar tanto como tutelar. Es decir, las medidas a adoptar pueden tender tanto a no frustrar la eficacia de un posterior procedimiento como a cuidar que no se afecten determinados bienes jurídicos protegidos por normas que reconocen derechos humanos, como por ejemplo, la vida o la integridad física de las personas.

2.2.2.7 La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

La Corte IDH, formada por 7 jueces independientes¹⁷⁶, es un órgano judicial internacional autónomo.

La Corte IDH tiene su base legal en la CADH. Este instrumento brinda las pautas básicas sobre su estructura, funcionamiento y competencia. El Estatuto de la Corte IDH fue adoptado en 1979, año en que comenzó a funcionar. Este órgano tiene por misión, genéricamente, evaluar la adecuación

¹⁷⁵ Para mayor detalle sobre este procedimiento, consultar el texto de la CADH, (artículos. 44 a 51), el Estatuto de la CIDH (artículos 19, 20, 23, y 24) y su Reglamento (artículos 26 a 47).

¹⁷⁶ Cfr. CADH, artículo 52.

de las conductas estatales a lo normado en el Pacto de San José, siendo el máximo interprete autorizado de tal tratado.

Tiene dos tipos de competencia, la contenciosa y la consultiva¹⁷⁷. Mediante el ejercicio de la primera, puede tratar casos particulares que le someta la CIDH, y emitir una sentencia en que determine si un Estado ha incumplido o no la CADH u otro tratado que le otorgue competencia. En este ultimo caso, puede ordenar las medidas de reparación que considere pertinentes¹⁷⁸. Si el Estado, a criterio de la Corte IDH, las incumpliera, esta puede informar tal hecho a la Asamblea General de la OEA¹⁷⁹.

Para la tramitación de un caso ante la Corte IDH es ineludible que la CIDH o un Estado le someta una demanda¹⁸⁰. Las personas no tienen acceso directo a la Corte IDH. No obstante, una vez iniciado el procedimiento quienes fueran las víctimas, sus familiares o representantes tienen derecho a presentar un escrito coadyuvante de la demanda, denominado de “solicitudes, argumentos y pruebas” y a participar del proceso, estando facultados a alegar y ofrecer prueba. Luego de notificada la demanda al Estado, éste tiene cuatro meses para contestarla por escrito, acto en el que también podrá plantear excepciones preliminares. Estas excepciones tienen por fin aducir cuestiones legales que, de ser fundadas, obstarían –de modo total o parcial, según el caso– la posibilidad de que la Corte IDH dicte una sentencia sobre el fondo del asunto. No obstante, la presentación de ellas no suspende el procedimiento. Las demás partes tienen un plazo de 30 días para responderlas, si así lo desean y la Corte IDH puede decidir sobre su procedencia en la misma resolución en que decide sobre el fondo del asunto, o en una separada, quedando tal opción a

¹⁷⁷ Cfr. CADH, artículos 61 a 63 y 64, respectivamente.

¹⁷⁸ Cfr. CADH, artículo 63.1.

¹⁷⁹ Cfr. CADH, artículo 65.

¹⁸⁰ En la práctica del SIDH, ha sido siempre la CIDH la que incoa el procedimiento.

su arbitrio. Luego de contestada la demanda se abre la etapa oral del procedimiento. La misma consiste en una o varias audiencias en que la Corte IDH recibe testimonios y pericias de modo oral y escucha los alegatos de las partes expresados del mismo modo. Luego de producidas todas las audiencias, las partes pueden acercarse a la Corte IDH por escrito sus alegatos finales. Posteriormente, el Tribunal dicta sentencia. En ella puede decidir que hubo una violación a derechos humanos reconocidos en tratados que le confieran competencia, o que no la hubo. En el primer caso ordena al Estado las medidas de reparación que considere pertinentes, pudiendo hacerlo en la misma resolución o en una posterior, si lo considera adecuado. Estas sentencias no son cuestionables, sólo puede, con posterioridad a su emisión, plantearse una demanda de interpretación, para que la Corte IDH aclare términos de la decisión que hayan suscitado dudas. La Corte IDH supervisa el cumplimiento de sus decisiones y, si decide que el Estado no las ha cumplido, informa tal hecho a la OEA¹⁸¹.

Dentro de la competencia contenciosa se encuentra la facultad de la Corte IDH de ordenar, también a solicitud de la CIDH, medidas provisionales¹⁸². En este caso no se trata de dilucidar si se violó el Pacto de San José, sino de, frente a situaciones graves y urgentes, conminar a un Estado a realizar acciones tendientes a asegurar la observancia de los derechos humanos de personas que se encontraren en riesgo de sufrir menoscabos a los mismos.

En cuanto a la competencia consultiva, la misma se trata de la facultad de la Corte IDH de pronunciarse, a pedido de cualquier Estado miembro de la OEA o de sus órganos, sobre “la interpretación de [la CADH] u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados

¹⁸¹ Sobre este procedimiento, ver los textos de la CADH (artículos 61 a 69), del Estatuto de la Corte IDH (artículos 22 a 25) y del Reglamento de la Corte IDH (artículos 32 a 59).

¹⁸² Cfr. CADH, artículo 63. 2.

Americanos”¹⁸³. Asimismo, los Estados pueden solicitar a la Corte IDH opinión sobre la compatibilidad de tales instrumentos y sus leyes¹⁸⁴.

3. Obligaciones de los estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales

El entendimiento de cuáles son los deberes de los Estados sirve como guía para la formulación, ejecución y control de políticas públicas. Como hemos visto, existen opiniones que han negado que los DESC tengan como correlato verdaderas obligaciones y, consecuentemente, que sean derechos en el estricto sentido del término. Señalan, en general, que los deberes estatales respecto de ellos tienen un alto grado de indeterminación y se ejecutan mediante acciones positivas que requieren la erogación de recursos. Se colige de esta postura que la satisfacción de estos derechos sería exclusivamente una cuestión política, no jurídica¹⁸⁵.

Frecuentemente, se asocian los derechos civiles y políticos a obligaciones de abstención y de resultado y, por el contrario, los DESC a deberes positivos y de mera conducta o medio. De este modo, los derechos civiles y políticos encontrarían satisfacción mediante un no hacer de los Estados que aseguraría, como resultado, el disfrute del derecho. Serían ejemplos de ello, el no impedir que las personas se expresen para garantizar la libertad de expresión, ni impedir que hombres y mujeres se trasladen de un lugar a otro, para asegurar la libertad de circulación, etc. Por el contrario, los DESC, para ser satisfechos, requerirían solo de obligaciones de hacer a cargo de los Estados: proveer servicios médicos para satisfacer el derecho a la salud, financiar la ejecución de planes de vivienda, para cumplir el derecho a la

¹⁸³ CADH, artículo 64.1.

¹⁸⁴ Cfr. CADH, artículo 64.2.

¹⁸⁵ Ver, respecto a estas opiniones, la exposición que de ellas hacen Víctor Abramovich y Christian Courtis, en el capítulo 1 de su obra *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 19 a 64.

vivienda, etc. El deber de los Estados se agotaría en adoptar estas conductas, sin ser exigibles resultados concretos, como un pleno acceso la salud o a la vivienda. Sin embargo, fácil es observar que los derechos civiles y políticos requieren también para su cumplimiento la ejecución de acciones por parte de los Estados. Por ejemplo, para garantizar la libertad de circulación es necesario procurar la construcción de caminos y servicios públicos de transporte. Por otra parte, garantizar los DESC también requiere de abstenciones por parte de los Estados: no promover desalojos sin ofrecer una alternativa de vivienda, no contaminar el ambiente de modo que pudiera dañar la salud, etc. Ejemplos como estos pueden encontrarse para todos los derechos humanos. De este modo, vemos que no existen diferencias substanciales entre los deberes que respecto a uno y otro grupo de derechos tienen los Estados. Con base en estas consideraciones, adherimos a lo sostenido por Abramovich y Courtis para quienes las diferencias entre una y otra clase de derechos es una diferencia de grado: “[p]odría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho genera, llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico de obligaciones negativas o positivas que lo caractericen”¹⁸⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se analizan los tipos de obligaciones que se derivan de los DESC. Inicialmente se analizan i) las obligaciones de respetar, proteger y cumplir, ii) la obligación de no discriminación, iii) las obligaciones de progresividad y no regresividad, iv) la obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos y v) la obligación de brindar recursos legales adecuados.

¹⁸⁶ *Ibid*, p. 27.

3.1 Las obligaciones de “respetar”, “proteger” y “cumplir”

Los Estados tienen una obligación jurídica general de respetar y garantizar el disfrute efectivo de todos los derechos consagrados en aquellos tratados internacionales de los cuales son parte. La Corte IDH ha señalado que la conducta estatal necesaria para lograr este cometido variará de acuerdo a las circunstancias pero, en todo caso, siempre el Estado deberá “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público” en orden a cumplir esta obligación (Caso *Velásquez Rodríguez*, párr. 166). Esto conlleva, en primer lugar, la necesidad de que esa “organización” y “manifestación del poder” no sea en sí misma lesiva de los bienes referidos y, por otra parte, que tienda a dar satisfacción a los derechos.

En línea con lo dicho, el Comité DESC ha expresado que en relación con cualquier derecho humano existen tres tipos de obligaciones: “respetar”, “proteger” y “cumplir” (Observación General 12, párr. 15; Observación General 12, párr. 46; Observación General 14, párr. 33; entre otras). A su vez, este último deber, relacionado con “hacer efectivo” el derecho, se subdivide en tres: facilitar, proporcionar y promover.

La obligación de “respetar” implica que los Estados no adopten medidas que impidan el acceso a los derechos o menoscaben el disfrute de los mismos. Asimismo, la prohibición de prácticas discriminatorias en relación a tales acciones. La obligación de “proteger” conmina a los Estados a adoptar medidas para evitar o prevenir que particulares produzcan dichos perjuicios. La obligación de “cumplir” requiere que se reconozcan los derechos en los sistemas legales y se adopten políticas y medidas, de cualquier índole, destinadas a satisfacerlos¹⁸⁷. La obligación de “facilitar” consiste en el deber de iniciar actividades con el fin de

¹⁸⁷ En similar sentido ver las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales (punto 6).

fortalecer el acceso al derecho o su disfrute, o ayudar a los particulares para lograr tales fines. El deber de “promover” el derecho consiste en realizar acciones tendientes a difundir, educar o capacitar a la población para el ejercicio de los mismos. Por último, surge la obligación de “proporcionar” directamente el bien protegido por un derecho cuando un grupo o individuo, por circunstancias ajenas a su control, no pueda disfrutar del mismo (Observación General 18, párr. 26). Cabe anotar que las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los DESC señalan que estas obligaciones de respetar, proteger y cumplir “incluyen elementos de obligación de conducta y de obligación de resultado” (párrafo 7).

Los tres deberes analizados se cumplen mediante la adopción de medidas. Si bien la satisfacción de la obligación de “respeto” se logra, parcialmente, mediante la omisión por parte de los Estados de la realización de acciones que vulneren los derechos, ello no quita que también –según el caso– deban implementarse acciones a efectos de cumplir este deber, por ejemplo, brindar capacitación a funcionarios en materia de derechos humanos o sancionar leyes que prohíban la discriminación. En cuanto a los deberes de “proteger” y “cumplir”, sólo pueden realizarse mediante la adopción de medidas, es decir, de acciones positivas por parte de los Estados.

Ahora bien, en el texto de los tratados de DESC existen diferencias respecto a lo consagrado como obligaciones en pactos de derechos civiles y políticos. La interpretación autorizada de estos instrumentos ha precisado el sentido y alcance de estas diferencias y ha dejado claro que a partir de ellas no es posible establecer jerarquías entre estas categorías de derechos. Pese a las diferencias de redacción de los distintos textos legales, y tal como ya fue señalado, el régimen jurídico que rige las obligaciones en materia de derechos civiles y políticos y de DESC es sustantivamente el mismo. Es cierto que mientras la “satisfacción” de los derechos civiles y políticos no está condicionada, la de los DESC está supeditada a un

“desarrollo progresivo”. Pero ello, por supuesto, es pertinente para el grado de satisfacción de los derechos aún no logrado. Respecto del ya conseguido, o de los contenidos mínimos esenciales de los derechos, el régimen legal se asimila al existente respecto a los derechos civiles y políticos.

Solo para facilitar la exposición, nos centraremos en el PIDESC. Los otros dos instrumentos relevantes en la materia para los países americanos, la CADH y el PSS, contemplan cláusulas muy similares. El PIDESC señala:

Artículo 2: 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

Artículo 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

En tanto interpretación autorizada de estas normas, el Comité DESC (Observación General 3) y los Principios de

Limburgo sobre la implementación del PIDESC han señalado que lo establecido en el artículo 2 precitado implica:

- Que los Estados tienen la obligación de **empezar inmediatamente** a tomar todos los pasos para la completa realización de estos derechos.
- Que deben **utilizar todos los medios apropiados**, incluidas medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educativas, consistentes con la naturaleza de los derechos, para cumplir con sus obligaciones bajo el Pacto. Por sí solas, las medidas legislativas resultan insuficientes para la consecución de los mismos. Es cierto que en muchos casos se requiere la adopción de medidas legislativas, especialmente si los Estados tienen en vigor leyes contrarias o incompatibles con los objetivos del Pacto y los derechos en él protegidos. Sin embargo esas medidas necesitan ser complementadas con otras medidas que garanticen la plena y efectiva aplicación de las mismas. En este sentido, los Estados están obligados a garantizar **recursos y remedios efectivos**, incluyendo los judiciales.
- Los medios deben ser apropiados de acuerdo a los criterios de cada Estado, pudiendo éstos ser objeto de revisión por parte del Comité DESC.
- Los Estados deben actuar de la manera más pronta posible hacia la consecución de los derechos. En ningún caso se otorga a los Estados la posibilidad de retrasar indefinidamente los esfuerzos para asegurar la completa realización de los DESC.
- Ciertas obligaciones, como la de no discriminación y la de abstenerse de violar activamente los DESC, requieren cumplimiento inmediato en todos los Estados.
- El logro progresivo de los derechos requiere el efectivo y equitativo uso y acceso a los recursos disponibles, por lo que no está necesariamente condicionado al aumento

de recursos o al desarrollo económico que alcance un determinado país.

En lo que sigue, debido a su particular relevancia para proyectar los derechos sociales en las estrategias de desarrollo y erradicación de la pobreza (supra Introducción), desarrollaremos brevemente el contenido de cuatro de estos deberes: las obligaciones de garantizar que los derechos se ejerzan sin discriminación, el deber de progresividad, el deber de asegurar la satisfacción de contenidos mínimos esenciales de cada derecho y el de brindar recursos legales adecuados.

3.2 Obligación de garantizar que los derechos sociales se ejerzan sin discriminación

La prohibición de discriminación y el derecho a la igualdad constituyen principios del derecho internacional general. Es decir, son pautas imperativas cuya existencia no está condicionada a su enunciación explícita en texto legal alguno¹⁸⁸. Esto, por supuesto, rige también para los DESC¹⁸⁹, tal como se señala en el PSS y en el PIDESC.

Además de la prohibición de discriminación el PIDESC establece el deber de garantizar igual título a hombres y

¹⁸⁸ Así, la Corte IDH ha dicho que “[l]a no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos” y que “[e]l principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares” (Opinión Consultiva OC 18/03, párrs. 83 y 100; Opinión Consultiva OC 4/84, párr. 55 y Caso *Yatama*, párr. 184).

¹⁸⁹ La CIDH señaló que “[l]os principios reconocidos, entre otros, en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana acerca de la no discriminación e igual protección ante la ley, se aplican también a los derechos económicos, sociales y culturales” (*Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, párr. 11).

mujeres a gozar de los derechos (artículo 3). Estas normas, en palabras del Comité DESC, “están íntimamente relacionadas y se refuerzan mutuamente” (Observación General 16, párr. 3). En realidad, bien podría considerarse comprendido el contenido de esta norma en la prohibición de discriminación. La norma fue redactada para enfatizar que deben expresamente reconocerse igual título a hombres y mujeres a gozar de los derechos, y lograr que éstas efectivamente los puedan ejercer (párr. 2).

“Discriminación” bien puede entenderse como distinción ilegítima entre diversas personas en relación a las posibilidades de goce o ejercicio de derechos. En este sentido, la enunciación de motivos de discriminación hecha en el artículo 2.2 del PIDESC, o en otras normas similares, no es taxativa (Principio de Limburgo No. 36). Si se parte del principio de igualdad entre todas las personas, toda distinción entre ellas debe estar justificada para ser legítima. Esto ocurrirá cuando la diferenciación sea razonable, es decir, que responda a una finalidad o motivo válido, sea un medio útil, necesario (que no haya un medio menos lesivo) y, además, proporcionado, para llegar a un objetivo compatible con los derechos¹⁹⁰.

Si bien en relación a derechos políticos son permitidas diferenciaciones entre nacionales y extranjeros, no existe motivo válido alguno que permita distinguir entre grupos de personas a efectos de reconocerles la titularidad de DESC. Teniendo esto como premisa, los Estados deben tomar las medidas necesarias para trasladar al plano de los hechos esa igual prerrogativa para el goce y ejercicio de los derechos. Asimismo, los compromisos asumidos internacionalmente en materia de derechos humanos abarcan tanto la igualdad formal como la real (Principios de Limburgo No. 37 y 38) y en este

¹⁹⁰ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 96 a 102 y Uprimny, Rodrigo, Uprimny, Inés Margarita y Parra Vera, Oscar, *Derechos humanos y derecho internacional humanitario*, Bogotá, Escuela Judicial, IIDH, Fundación Social, 2006, pp. 229 a 234.

sentido debe entenderse lo establecido por el artículo 2.2 del PIDESC (Comité DESC, Observación General 16, párr. 7).

La igualdad formal se presenta cuando las normas legales permiten a cualquier persona el disfrute de un derecho. La igualdad real se presenta cuando las personas titulares de un derecho efectivamente accedan al goce del bien tutelado por el mismo (vida, vivienda, educación, etc.) y vean garantizado su disfrute de igual manera. Ambos niveles de igualdad no son equivalentes en forma automática. La igualdad formal no siempre será el medio idóneo para la consecución de la equidad real, frecuentemente será necesario implementar otras medidas –además del reconocimiento del derecho– para lograr este último cometido (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 119).

Es pertinente a la cuestión de la igualdad formal reflexionar sobre lo establecido por el artículo 2.3 del PIDESC que permite a los países en desarrollo determinar en qué medida garantizar los derechos económicos a quienes no sean nacionales suyos. En la medida en que la norma posibilita una diferenciación entre personas para el goce de los derechos, debe ser entendida de modo restrictivo (Principio de Limburgo No. 43), lo cual significa que la medida debe ser proporcional en sentido estricto (no solo necesaria sino imperativa). Lo mismo ocurre con las nociones de “derechos económicos” y de “países en desarrollo”. Estos últimos, de acuerdo al Principio de Limburgo No. 44, deben ser conceptuados, a efectos de la norma, como los que “han logrado su independencia y se incluyen en las clasificaciones de [la ONU] relativas a países en desarrollo”. Por otra parte, en el caso de Estados que además del PIDESC hubieran ratificado otros instrumentos relativos a DESC en que la distinción mencionada no se haga, no tendrán, en la práctica, la facultad de valerse de ella, ya que deberán cumplir con los estándares fijados por estas últimas normas.

Ya ha sido señalado en el presente texto que la cuestión de la igualdad en el goce de los derechos sociales se relaciona íntimamente con el deber de proteger a los grupos afectados

por situación de vulnerabilidad. También se hizo alusión a que uno de los medios válidos para lograr la igualdad real son las llamadas “acciones afirmativas” (*supra* página 38). Estas medidas constituyen distinciones dirigidas a favorecer personas pertenecientes a grupos que se encuentren en una situación fáctica de discriminación (por ejemplo, mujeres o indígenas). Los beneficios así otorgados no deben entenderse contrarios a la obligación de no discriminación, ya que se sustentan en la necesidad de compensar desigualdades existentes y tienen por finalidad hacerlas desaparecer (Principio de Limburgo No. 39). En todo caso, tales medidas deberían cesar cuando esto último se produjese.

Posteriormente, al tratar de cada derecho en particular, se irá haciendo una descripción de las particularidades que respecto a los deberes estatales se presentan en relación a algunos de estos grupos. Lo que interesa resaltar es que en estos casos las obligaciones de los Estados se intensifican y se hacen más estrictas (Principio de Limburgo No. 14). Deberán adoptarse en su beneficio las medidas pertinentes a efectos de que gocen de sus DESC y que lo hagan en condiciones de igualdad con el resto de las personas. Asimismo, en las acciones que se ejecuten en aras a hacer efectivos los derechos, deberá dárseles prioridad.

Debe quedar claro, finalmente, que la obligación de garantizar los derechos sin discriminación es inmediata y no admite excusas¹⁹¹. Sí puede considerarse supeditado a un desarrollo progresivo el logro pleno de la igualdad de hecho, pero nunca el de la igualdad formal ni el hecho mismo de la adopción de medidas en uno u otro sentido. En este sentido, la Corte IDH ha expresado que “[l]os Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas” (Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 172).

¹⁹¹ Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Informe de 2003, párr. 18.

3.3 Progresividad y prohibición de regresividad

Las medidas deben adoptarse para “lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos” (PIDESC, artículo 2.1; CADH, artículo 26; PSS, artículo 1). Como ya se ha dicho, las medidas deben buscar la plena satisfacción de los derechos. El deber de los Estados consiste en lograr niveles cada vez más altos en la satisfacción de los derechos. En este sentido, la CIDH ha manifestado que el artículo 26 de la CADH impone i) la obligación de determinar las medidas adecuadas y ii) “[e]l principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de [los] derechos”¹⁹². El deber de progresividad implica, de este modo, dos sentidos complementarios: el de gradualidad y el de progreso. Si el logro de la satisfacción plena de los derechos no puede ser sino gradual, es decir, paulatino en el tiempo, la obligación de los Estados es ir atravesando esa gradualidad, ir progresando, mediante la implementación de medidas, en las condiciones de satisfacción de los DESC¹⁹³.

Vale resaltar que lo “gradual” o “progresivo” es la plena satisfacción de cada derecho, pero la adopción de las medidas para el logro de ese objetivo es un imperativo cuyo cumplimiento por parte de los Estados no está sujeto a condicionamientos temporales¹⁹⁴. Por el contrario, “[e]sta

¹⁹² Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, 1996, p. 25 y Tercer informe sobre los derechos humanos en Paraguay, 2001, párr. 19.

¹⁹³ Abramovich y Curtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 92 y Curtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Apuntes introductorios” en Idem. (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Del Puerto, 2006, pp. 8 y 9.

¹⁹⁴ En su Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia (1999, párr. 6), la CIDH señaló, refiriéndose a las obligaciones de dicho Estado en relación a los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en la DADD y en la CADH, que “[e]l carácter progresivo del deber de realización de algunos de estos derechos, según lo reconocen las propias normas citadas, no implica que Colombia pueda demorar la toma de todas aquellas medidas que sean necesarias para

adopción –que constituye una medida política, perfectamente acreditable– no se halla sujeta a plazos o modalidades: existe sin más, y por ello puede ser reclamada, también sin más”¹⁹⁵. La “flexibilidad” en la obligación busca tener en cuenta la realidad de cada país y sus posibles dificultades para satisfacer los DESC. No obstante, impone asimismo un deber: “proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr [el] objetivo” (Comité DESC, Observación General 3, párr. 9).

La obligación de progresividad establece una pauta para medir el grado de cumplimiento de la obligación de adoptar medidas. Es decir, un Estado puede adoptar diversas medidas, dictar leyes e implementar diversas políticas, pretendiendo con ello cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. No obstante, tal cumplimiento solo será real si tales acciones son susceptibles de acarrear una mejora efectiva en el grado de satisfacción de los derechos. Ahora bien, será necesario entonces contar con algún tipo de parámetro que permita ponderar estos avances, de lo contrario, será imposible apreciar si un Estado cumple o no su obligación. Este parámetro lo constituyen tanto la progresividad como su derivado opuesto: la no-regresividad. Si un Estado no adopta medidas tendientes a avanzar en el grado de satisfacción de los DESC o si implementa acciones tendientes a disminuir el grado de goce existente (regresividad) estará incumpliendo sus obligaciones.

La prohibición de regresividad surge como una derivación lógica del deber de progresividad: si hay que avanzar, entonces no se puede retroceder. Esta regla, no obstante, admite excepciones. El Comité DESC ha dicho sobre este

hacerlos efectivos. Por el contrario, Colombia tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de los derechos contenidos en dichas normas. Bajo ningún motivo, el carácter progresivo de los derechos significa que Colombia puede diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para su completa realización”.

¹⁹⁵ García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, p. 140.

tema que “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo [...] requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (Observación General 3, párr. 9).

La prohibición de regresividad no es, entonces, absoluta. Por el contrario, puede un Estado adoptar una política regresiva sin incumplir sus obligaciones, si demuestra que la misma está justificada en relación a todos los derechos del PIDESC (o de la CADH, o del PSS), teniendo en cuenta la utilización del máximo de los recursos disponibles. Es decir, si la medida regresiva en relación a un derecho se adopta a efectos de posibilitar la satisfacción de otros derechos o su goce de modo más igualitario y, teniendo en cuenta los recursos con los que cuenta el Estado, tal medida era ineludible para lograr los objetivos antedichos, entonces no se estará incumpliendo el Pacto. De todas formas, una medida regresiva se presume violatoria del tratado. Esto quiere decir que, llegado el asunto al examen de algún organismo de control, será el Estado quien deba probar que la medida regresiva está justificada.

La regresividad puede apreciarse de dos maneras: regresividad de resultados y regresividad normativa¹⁹⁶. La primera se presenta cuando los resultados de determinada política pública generan un retroceso en el nivel de goce fáctico de determinado derecho. La segunda se configura en la medida en que una norma represente un retroceso en el grado de reconocimiento de un derecho en comparación con un estado normativo anterior. Mientras en el primer aspecto se debe apreciar un estado de hecho comparando entre dos momentos temporales, en el segundo la comparación se hará entre dos normas y no necesariamente deberá estar acompañado de

¹⁹⁶Esta terminología es utilizada por Christian Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, pp. 3 a 52. Las reflexiones que aquí se hacen están basadas en este artículo.

un empeoramiento de las condiciones reales en el goce del derecho. Las dos nociones expuestas entran dentro de la prohibición de regresividad.

Un tema difícil es dilucidar si la prohibición de regresividad rige sólo respecto a un estado general colectivo en el goce de un determinado derecho o si también debe verificarse respecto a situaciones individuales. La Corte IDH parece haberse expedido en el primer sentido al decir que “[el] desarrollo progresivo [de los derechos económicos, sociales y culturales...] se debe medir [...] en función de la creciente cobertura de los [DESC...] sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo [...] no necesariamente representativo [...] de la situación general prevaleciente” (Caso *Cinco Pensionistas*, párr. 147). En su voto respectivo, el juez García Ramírez consideró que “con sustento en esa ponderación el Tribunal apreciará el cumplimiento del deber estatal y la existencia del derecho individual, y podrá resolver el litigio específico que tenga a la vista”. Por su parte el juez Carlos Vicente de Roux señaló que “el razonamiento según el cual solo sería procedente someter al *test* del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población, no parece tener asidero en la [CADH], entre otras razones porque la [Corte IDH] no puede ejercer –a diferencia de lo que ocurre con la [CIDH]– una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los civiles y políticos, ya sean los [DESC]. El Tribunal solo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas, sin que la [CADH] exija a éstas tengan que alcanzar determinado número”.

Algunas posiciones doctrinarias ofrecen una postura crítica contra este fallo. Tara Melish sostiene que la obligación de

progresividad –y su derivada de no regresividad– solo es ponderable o evaluable mediante sistemas de monitoreo, que sirven para evaluar una situación general sobre el goce de determinado derecho, y no es alegable en casos individuales¹⁹⁷. Christian Courtis, por su parte, asume una opinión contraria, aunque admite la necesidad de que se demuestre que la afectación sufrida responde a una situación generalizada¹⁹⁸. De acuerdo a las opiniones reseñadas, el deber de progresividad se refiere a la generalidad de la población, sin perjuicio de posibles afectaciones individuales por su incumplimiento. Como se observa, parecería que las controversias se relacionan más con la problemática de la justiciabilidad de estas afectaciones individuales que con la naturaleza de la obligación.

3.4 Obligación de garantizar niveles esenciales de satisfacción de los derechos

De la obligación de adoptar medidas, establecida en el artículo 2.1 del PIDESC, se deriva, según el Comité DESC, una obligación de garantizar un nivel mínimo en el goce de los derechos. Esto debe ser distinguido de la prohibición de regresividad: mientras ésta se refiere al estado existente en el disfrute de los derechos y admite excepciones, el deber aquí analizado se relaciona con niveles esenciales de los derechos y no admite excusas¹⁹⁹. Los Estados, entonces, deben adoptar de forma inmediata –en relación al momento de ratificación del tratado– las medidas necesarias para garantizar un grado de disfrute mínimo de todos los derechos a todas las personas sometidas a su jurisdicción. Según el Comité DESC, “[s]i el

¹⁹⁷ Cfr. Melish, Tara, “A Pyrrhic Victory for Peru’s Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity”, pp. 51 a 66.

¹⁹⁸ Cfr. Courtis, Christian. “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, pp. 3 a 52.

¹⁹⁹ De acuerdo a los Principios de Limburgo sobre la aplicación del PIDESC, “[l]os Estados Partes tienen la obligación, independientemente de su nivel de desarrollo económico, de garantizar el respeto de los derechos de subsistencia mínima de todas las personas” (Principio 25).

[PIDESC] se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida su razón de ser” (Observación General 3, párr. 10). De este modo, “un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y de vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del [PIDESC]”.

En un primer momento el Comité DESC aceptó la posibilidad de excusas válidas a la obligación aquí examinada. Posteriormente, y a partir de su Observación General No 14 sobre el derecho a la salud, tal postura fue modificada²⁰⁰. En efecto, en su Observación General 3, el Comité sostuvo que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir la falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta [de los mismos], debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, estas obligaciones mínimas (párr. 10)”. Por el contrario, en su Observación General 14, el Comité indicó que “un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas [...], que son inderogables” (párr. 47).

Ahora bien, ¿cuáles son dichas obligaciones básicas? No puede hacerse una enunciación general de las mismas, sino que variarán en relación con cada derecho. No obstante, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante en cada derecho social particular, sí puede afirmarse que, en todos los casos, se incluye en este concepto la obligación de garantizar que el goce y ejercicio de los derechos se produzcan sin discriminación.

²⁰⁰ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*; Parra Vera, Oscar, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad” en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006, p. 59.

Cabe hacer una distinción entre “contenido básico” de un derecho y “contenido no derogable” (también asumible como “contenido intangible”) o “contenido mínimo esencial”²⁰¹. Mientras el primer concepto hace referencia a elementos que configuran el contenido de cada derecho y cuya eventual ausencia desnaturaliza el mismo, el segundo versa sobre las obligaciones básicas e inexcusables que tienen los Estados en relación a cada derecho. Los conceptos, si bien pueden superponerse en parte, no son necesariamente coincidentes, siendo el segundo más restringido. Así, por ejemplo, forma parte del contenido básico del derecho a la salud que los servicios sean respetuosos de la ética médica (Observación General 14, párr. 12), pero no forma parte su contenido mínimo esencial, de acuerdo a la enunciación que del mismo hace el Comité DESC (Observación General 14, párrs. 43 y 44). Tanto la insatisfacción de algún elemento perteneciente al contenido básico de un derecho como de alguno propio del contenido mínimo esencial –o intangible– producen un menoscabo del derecho en cuestión. Sin embargo, ello no le resta efectos prácticos a la distinción. Mientras que en algunos casos podrá admitirse que el contenido básico no sea satisfecho, resulta inaceptable el desconocimiento del contenido inderogable. Esto, claro está, a efectos de determinar la adecuación de la conducta estatal a sus compromisos internacionales en la materia. Dicho en otros términos: mientras podría ser admisible que el contenido básico se satisfaga progresivamente, el contenido mínimo esencial debe cumplirse inmediatamente. Esta satisfacción configura un resultado a cuyo cumplimiento incondicionado se hayan obligados los Estados de modo inexcusable²⁰². En ningún caso podrá admitirse como válida

²⁰¹ Parra Vera, Oscar, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”. La distinción planteada por este autor entre contenido esencial y contenido mínimo esencial es reformulada en el presente texto como distinción entre contenido básico y núcleo intangible de los derechos sociales.

²⁰² *Ibid*, p. 58. De acuerdo a las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “[e]stas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independientemente de

una medida regresiva que vulnere el contenido mínimo esencial²⁰³.

3.5 Obligación de brindar recursos legales adecuados

Otras medidas apropiadas para dar efectividad a los derechos se relacionan con el deber de ofrecer recursos judiciales y de otro carácter que sean adecuados para posibilitar a las personas reclamar el cumplimiento de sus derechos (Comité DESC, Observación General 3, párr.5; Observación General 12, párr. 33). La Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, establece que: “cada Estado debe prever un marco de recursos eficaces para reparar las infracciones o violaciones de los derechos humanos”. Por su parte, los Principios de Limburgo señalan que “[l]os Estados Partes proveerán de recursos efectivos incluyendo, cuando sea apropiado, los de tipo legal”. Esto implica establecer mecanismos efectivos que hagan posible interceder ante las autoridades gubernamentales –judiciales, administrativas o de otro carácter, según correspondiera- con miras a que ellas adopten las decisiones necesarias para la realización de los derechos.

Existe un debate sobre los alcances de la obligación de brindar recursos efectivos en relación con los derechos sociales. En particular, sobre cuáles DESC y qué aspectos de las obligaciones referidas a los mismos son susceptibles de ser reclamados por mecanismos individuales de petición, sean

la disponibilidad de recursos [...] o cualquier otro factor o dificultad”. Asimismo, según el mismo documento, “la escasez de recursos no exime a los Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales” (puntos 9 y 10, respectivamente).

²⁰³ Sepúlveda, Magdalena, “La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión ‘progresivamente’”, en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006, pp. 142 a 144.

judiciales o de otro carácter. Al igual que ha sido superado el debate sobre las jerarquías entre derechos sociales y derechos civiles y políticos, también han sido claramente rechazadas aquellas posturas que niegan justiciabilidad a los derechos sociales. Este componente del debate tiene un origen histórico²⁰⁴ que ha sido superado por el Comité DESC²⁰⁵. Un debate diferente se relaciona con cuáles de todas las obligaciones estatales referidas a estos derechos son susceptibles de reclamo por medios judiciales.

Al respecto, cabe señalar que el Comité DESC señaló, en un primer momento que el deber de proveer recursos judiciales efectivos quedaba supeditado a aquellos derechos que el sistema jurídico de cada Estado considerara justiciables. No obstante ello, advirtió que existen varias disposiciones del Pacto que serían de aplicación inmediata o auto ejecutables por autoridades judiciales, es decir, que no necesitarían de mayor desarrollo legislativo para hacerlas exigibles por este medio (Observación General 3, párr. 5). Entre ellas señaló la igualdad entre hombres y mujeres en el goce de los derechos (artículo 3), el derecho a igual remuneración por igual trabajo (artículo 7 a.i), los derechos sindicales (artículo 8), a la protección de niños, niñas y adolescentes (artículo 10.3), a la enseñanza primaria gratuita (artículo 13. 2 a), a la libertad de los padres para escoger instituciones de enseñanza para sus

²⁰⁴El mismo se remonta a la elaboración de dos pactos separados, uno para derechos civiles y políticos y otro para DESC, y al hecho de que en este último no se estableciera en forma expresa la obligación de proveer recursos judiciales para los derechos en él reconocidos. Sobre la evolución histórica de los derechos económicos, sociales y culturales y el por qué de la redacción de dos pactos separados ver Milá Moreno, José, “El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales”, pp. 185 a 214.

²⁰⁵En palabras del Comité DESC: “generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de [derechos civiles y políticos]. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto (Observación General 9, párr. 10).

hijos (artículo 13. 3 y 4) y al respeto de la actividad científica (artículo 15. 3).

Debe quedar claro que la obligación de los Estados es proveer recursos adecuados para todos los derechos. La enumeración realizada es sólo de aquellos que no necesitarían, en opinión del Comité, más desarrollo legislativo que el texto del Pacto para posibilitar que autoridades judiciales decidan sobre ellos. Por supuesto, esto no exime a los Estados de adoptar las medidas necesarias para que otros aspectos del contenido de todos los derechos sean susceptibles de reclamo judicial²⁰⁶.

En esta lógica, el Comité DESC señaló, en su Observación General No. 9, que si un derecho no puede ejercerse plenamente sin intervención del Poder Judicial, entonces es deber del Estado establecer recursos judiciales al efecto. También mencionó que esto se extiende a cuestiones que supongan una asignación de recursos (párr. 10).

Dos tipologías de obligaciones pueden ser relevantes al momento de analizar con más detalle este debate. La primera de ellas, la diferencia entre obligaciones con efecto inmediato y obligaciones de cumplimiento progresivo. Las obligaciones con efecto inmediato son aquellas que pueden ser exigibles judicialmente sin que pueda alegarse la falta de recursos. Muchas de esas obligaciones se relacionan con las obligaciones básicas que el Comité DESC ha precisado respecto a cada derecho y que se explican en el capítulo 4 del presente libro. Las obligaciones de cumplimiento progresivo son aquellas que dependen de la disponibilidad de recursos, aunque existe debate sobre la exigibilidad judicial del avance progresivo en la realización de los derechos. La segunda tipología se relaciona con la diferencia entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado. En ambos casos, los jueces podrían evaluar la debida diligencia en la adopción de medidas

²⁰⁶En el mismo sentido se expresan Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 86 y 87.

(medio) o la eficacia real concreta de las mismas (resultado). Dado el carácter meramente introductorio del presente texto, no profundizaremos en estas distinciones. Por lo pronto, basta resaltar que entre las obligaciones con efecto inmediato se encuentran el deber de respeto, la obligación de garantizar que los derechos se ejerzan sin discriminación (Principio de Limburgo No. 35) y la garantía de niveles mínimos esenciales de satisfacción.

4. Contenido básico de algunos derechos sociales en particular

Como fue señalado en la introducción, utilizaremos el concepto de contenido básico como categoría que permite articular las fuentes normativas generales, elementos esenciales, obligaciones básicas, prioridades frente a grupos afectados por situaciones de vulnerabilidad así como las temáticas más relevantes para la proyección de un enfoque de derechos humanos en el análisis de cada derecho específico. Antes de presentar cada derecho en concreto, analizaremos dos aspectos generales que se relacionan con dicho contenido básico: la interrelación entre los derechos sociales y algunos debates en torno al contenido de los derechos.

4.1 Aspectos generales

4.1.1 Interdependencia e interrelación de los derechos sociales

Antes de analizar específicamente lo establecido en el marco de los sistemas internacionales de protección de los

derechos humanos en relación a algunos de los diversos DESC, interesa hacer algunas reflexiones sobre cómo han tratado tales entidades, en particular las del SIDH, los efectos prácticos de la interdependencia existente entre los derechos humanos.

El carácter señalado se ha visto reflejado en numerosa jurisprudencia y doctrina de organismos internacionales. Es más, en relación al SIDH, como ya ha sido mencionado anteriormente, el hecho de la interdependencia ha sido, en buena medida, lo que ha posibilitado la protección en el mismo de los DESC. Seguramente ello ha tenido por motivo las dificultades que presentan la redacción de las normas en que deben basar sus decisiones los órganos pertinentes, en especial el artículo 26 de la CADH²⁰⁷. Al respecto, los ejemplos los podemos clasificar en tres grupos. En primer lugar veremos la interrelación de los DESC con los derechos a acceder a la justicia con las debidas garantías y a la igualdad. De acuerdo a lo ya señalado, al tiempo que estos son derechos en sí mismos, constituyen obligaciones de los Estados respecto a los derechos humanos y, como tal, forman parte de la estructura obligacional de cada uno de ellos. En segundo lugar, enunciaremos ejemplos en que ha quedado evidenciada la íntima relación entre la satisfacción de DESC con el goce de derechos civiles y políticos, en particular, los derechos a la vida y a la integridad personal. En tercer lugar, veremos vínculos entre DESC y también con algunos otros civiles y políticos. Esto último lo haremos al tratar cada derecho en particular.

Excedería el objeto de este trabajo desarrollar aquí el derecho al acceso a la justicia. Por otra parte ya se han hecho consideraciones sobre el mismo al tratar las obligaciones de los Estados respecto a los DESC. Como lo señala el juez Manuel

²⁰⁷ Cfr. Ventura Robles, Manuel, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista IIDH*, Vol. 40, San José, 2004, p. 130. Allí, el Juez de la Corte IDH indica que debido a estas dificultades, “para que la [Corte IDH] en su jurisprudencia haya podido hacer mención a [DESC], la [CIDH], al someter el caso, ha tenido que fundamentarlo en violaciones de [...] derechos civiles y políticos”.

Ventura Robles: “[e]l acceso a la justicia puede ser entendido como la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y vindicación de los derechos protegidos de los cuales es titular”²⁰⁸. La Corte IDH ha establecido que es necesario que la posibilidad de acudir a la justicia no sea meramente formal, y que los recursos procesales sean efectivos a efectos de resguardar el derecho real o presuntamente afectado. En sus palabras: “para que exista un recurso efectivo no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla” (Caso *Trabajadores Cesados del Congreso*, párr. 125).

La relación del acceso a la justicia con los DESC ocurre en un doble sentido. En primer lugar, un estado de insatisfacción de estos derechos puede obstaculizar el acceso a la justicia. Al respecto, la Corte IDH entendió que podría presentarse una violación a las garantías judiciales si una persona, por razones de indigencia, o por no poder pagar la suma dineraria necesaria para afrontar los trámites pertinentes se viera impedida de defender sus derechos en un proceso judicial (Opinión Consultiva OC-11/90, párr. 31).

En un segundo aspecto, la imposibilidad de acceder a la justicia puede coadyuvar a la insatisfacción de un derecho económico, social o cultural. Así ha tenido ocasión de ponderarlo la Corte IDH en el caso *Baena*, referido al despido de un grupo de trabajadores. Los hechos probados mostraron que no se había llevado a cabo un proceso adecuado, con las debidas garantías, antes de proceder a tales despidos. El Tribunal, considerando estas violaciones, ponderó los efectos socioeconómicos que habían generado y ordenó, entre otras cosas, el reintegro de los trabajadores o el otorgamiento de

²⁰⁸Ventura Robles, Manuel E. *Estudios sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, 2007, p. 348.

alternativas laborales y el pago de los salarios correspondientes (párrs. 116, 134 y 214). También en relación a derechos laborales se pronunció el Tribunal en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros)*, referido igualmente al despido de un grupo de personas. En la decisión pertinente se dijo que la facultad del Estado de remover personal no puede estar sustraída de la protección judicial y del respeto a las garantías del debido proceso. También, luego de concluir que en el caso existieron impedimentos normativos y prácticos para un real acceso a la justicia, mandó, entre otras cosas, la constitución de un órgano independiente e imparcial que decidiera sobre la legalidad de las cesantías del caso (párrs. 110, 129 a 132 y 148). En relación al vínculo entre el acceso a la justicia y el derecho a la seguridad social se expidió el tribunal interamericano en el caso *Cinco Pensionistas*. Luego de considerar que las prestaciones relativas a ese derecho se encontraban tuteladas por el derecho a la propiedad, determinó que la demora excesiva en el cumplimiento de sentencias judiciales internas referidas a la cuestión vulneró el acceso a la justicia (párrs. 102, 138 y 141).

En equivalentes sentidos se ha pronunciado la CIDH. Este órgano entendió, por ejemplo, que el hecho de que los tribunales internos considerasen una decisión de destituir a una persona de su cargo –en el caso, se trató de un juez– como “cuestión política” y, por tal motivo, no susceptible de ser cuestionada ante los tribunales, violentaba los artículos 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la CADH (Caso *Gustavo Carranza [Argentina]*, Informe 30/97). Otra decisión atinente a la cuestión aquí tratada la efectuó en el año 2000, cuando consideró que configuraba un incumplimiento del artículo 25 del Pacto de San José el hecho de que se incumplieran sentencias internas que ordenaban la reincorporación de una persona a su trabajo (Caso *César Cabrejos Bernuy [Perú]*, Informe 110/00).

En cuanto al derecho a la igualdad remitimos a lo ya dicho en el presente libro. Además, cabe señalar que la CIDH

ha afirmado que su protección forma parte del contenido obligacional en relación a cada derecho. En efecto, en un caso sobre Argentina en que se impidió a varios jóvenes del goce de diversos aspectos relativos al derecho a la educación en razón de ser “testigos de Jehová”, consideró vulnerado este derecho (Caso *Testigos de Jehová*, Informe Anual 1978). Por otra parte, en diversas oportunidades entendió como avances positivos en relación al derecho a la igualdad, la sanción de legislación destinada a evitar diversas discriminaciones ilegítimas –entre personas blancas y de color, hombres y mujeres, o por la pertenencia a determinado grupo religioso, entre otras– en el goce de DESC, tales como el acceso a la vivienda, prestaciones de salud o acceso al empleo (Informes anuales de 1970 y 1973). El mismo órgano, en 1990, en un caso en que se alegó que un decreto que establecía reajustes diferenciados para diversos grupos de jubilados y pensionistas en relación a la percepción de sus haberes era discriminatorio, sugirió al Estado que adoptara medidas para revertir tal situación (Caso 9893 [*Uruguay*], Informe 90/90). Asimismo, en el año 2001, la CIDH tuvo oportunidad de pronunciarse sobre legislación civil que diferenciaba derechos y deberes en el seno de la relación conyugal, entre hombres y mujeres, estableciendo, entre otras cosas, que la mujer sólo podía trabajar fuera del hogar en la medida en que no perjudique sus funciones en relación al mismo. El órgano interamericano concluyó que ello atentaba contra el derecho a la protección de la familia reconocido en el

artículo 17 de la CADH (Caso 11.625, *María Eugenia Morales de Sierra [Guatemala]*, Informe 4 /01)²⁰⁹.

Finalmente, ya ha sido analizada en este texto la interdependencia entre los derechos sociales y los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre casos contenciosos y medidas provisionales (*supra* Introducción).

4.1.2 El contenido de los derechos

Un derecho es definido por el conjunto de obligaciones que un sujeto tiene respecto a otro que puede, a su vez, exigirlos. Así, cuando hablamos del derecho a la alimentación, el mismo es una entidad conceptual que refiere a ciertos deberes que tiene un obligado (sea el Estado o un particular) respecto a prerrogativas detentadas por una persona. Ahora bien, las normas que reconocen derechos humanos se caracterizan, en líneas generales, por su indeterminación respecto a las obligaciones y respecto a los bienes jurídicos que protegen. Así, por ejemplo, el artículo 1 de la CADH establece que los Estados deben “garantizar” los derechos, y su artículo 11 plasma en el instrumento el derecho a la honra y la dignidad. ¿Qué acciones concretas supone el deber de “garantizar”? ¿En qué consiste la dignidad?

Diversas normas de derechos humanos y pronunciamientos de organismos tienden a llenar estos vacíos. Hemos analizado

²⁰⁹Cabe resaltar que, como surge de lo dicho, por la vía indirecta del derecho a la igualdad y a la protección de la familia, se protegió también el derecho de la mujer al trabajo. La CIDH interpretó la norma referida del Pacto de San José a la luz de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de la ONU en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979), cuyo artículo 16.1 dice: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: [...] los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir [...], profesión y ocupación”.

que estas interpretaciones autorizadas están destinadas a los funcionarios que interpretan y aplican dichas normas. En relación con los DESC resulta de gran importancia la doctrina emitida por el Comité DESC, en particular, la de sus Observaciones Generales. En primer lugar, porque éste órgano es el intérprete autorizado del PIDESC, principal tratado internacional en la materia. En segundo lugar, sus observaciones generales han procurado sistematizar el derecho internacional relevante en cada materia.

Es por tales motivos que centraremos el análisis de los derechos que se expondrán en la doctrina de dicho Comité. Esto no obsta a que refiramos también a la doctrina establecida por otros órganos. En relación a dos derechos que trataremos, el derecho a un ambiente sano y el derecho a la seguridad social, no existen todavía observaciones generales sobre ellos. Intentaremos, no obstante, seguir pautas de análisis similares, aunque no tengan el mismo grado de precisión en algunos conceptos.

Estas observaciones hacen alusión a elementos esenciales y obligaciones básicas. En modo general, podemos decir que “elementos esenciales” ha sido la expresión usada por el Comité DESC para significar determinados aspectos o características de los derechos sin los cuáles sería imposible la salvaguarda general de los bienes jurídicos que protegen. Se refieren, básicamente, a la accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad de los bienes mencionados en la norma. Así, siguiendo con el ejemplo, veremos que un Estado

no satisface el derecho a la alimentación garantizando el acceso de las personas a determinado contenido calórico que permita la supervivencia; por el contrario, la alimentación debe ser también “aceptable” culturalmente.

Con la expresión “obligaciones básicas”, el Comité señala una serie de deberes o medidas elementales o esenciales, que los Estados deben satisfacer o adoptar de modo impostergradable a fin de cumplir con su compromiso internacional. La delimitación de estos deberes básicos ha tenido por objeto, a nuestro entender, enunciar acciones estatales cuya adopción y resultado no pueden, en principio, quedar supeditados temporalmente o condicionados a la existencia de recursos. Dicho lo anterior, avanzaremos seguidamente en el análisis pormenorizado de algunos derechos.

4.2 Derecho al más alto nivel posible de salud física y mental (derecho a la salud)

4.2.1 Fuentes relevantes

Actualmente recogido en diferentes instrumentos²¹⁰ internacionales, regionales y nacionales, la primera organización que formuló una definición explícita del derecho a la salud fue la Organización Mundial de la Salud (OMS)²¹¹

La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

²¹⁰ Así, artículos 25.1 de la DUDH, 5.e) iv) de la Convención Internacional para la Eliminación de todas formas de Discriminación Racial, 11.1.f) y 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la mujer, 24 de la Convención sobre Derechos de los Niños, 26 de la CADH (en conexión con el 34 i) de la Carta de la OEA), 10 del Protocolo de San Salvador, Art. 11 de la Carta Social Europea, y Art. XI de la DADD del Hombre.

²¹¹ Asbjørn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 172.

El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados²¹².

Dentro del sistema de protección de los DESC, el derecho a la salud se encuentra recogido en el Art. 12 del PIDESC:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

²¹² Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada del 19 de junio al 22 de julio de 1946. Fue firmada el 22 de julio de 1946, y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

En el sistema interamericano, el derecho a la salud²¹³ se recoge en el Protocolo de San Salvador, el cual establece en su Art. 10 que:

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
 - a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
 - b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
 - c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
 - d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
 - e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
 - f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

4.2.2 Interrelación con otros derechos

Con base en la interdependencia e indivisibilidad²¹⁴ de los derechos humanos, el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental es la base del derecho de todo ser humano

²¹³ En el Protocolo de San Salvador sí aparece enunciado como “derecho a la salud”, frente al Pacto DESC que habla de “derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, aunque ello no incide en el contenido del derecho que uno y otro instrumento establecen.

²¹⁴ Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1993, párr. 5.

a vivir dignamente. Se constituye como derecho fundamental indispensable para el goce y ejercicio de los demás derechos y como derecho dependiente al mismo tiempo de otros derechos, entre ellos, el derecho a la alimentación, derecho a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la vida. Más aún, el Relator Especial, en su informe sobre la situación del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental en Perú, destacó la incidencia que el conflicto interno tiene sobre el derecho a la salud al determinar que el mismo “provocó extensos problemas psicosociales de salud y contribuyó a una cultura de violencia que sigue repercutiendo en la sanidad”. Otro ejemplo es México, donde “como consecuencia del hostigamiento militar y policíaco en las Huastecas, se han provocado severos daños a la salud mental de los niños indígenas otomíes y nahuas”, como consta en el *Informe Especial de la CIDH sobre México 1998*, de 24 de septiembre de 1998.

El derecho a la salud no solo es un derecho de incidencia sobre otros derechos, sino que además repercute sobre otros fenómenos como la pobreza, la marginación y la estigmatización. Así, por ejemplo, en el informe presentado

por Paul Haunt, Relator Especial sobre la situación del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental en Uganda (E/CN.4/2006/48/Add.2), hace un análisis de la situación de la cuestión de las enfermedades desatendidas. A este respecto, destaca el hecho de que dichas enfermedades no sólo son enfermedades causadas por situaciones de pobreza sino que la existencia y propagación de las mismas contribuyen a agravar todavía más ese ciclo de pobreza, ya que suponen una carga económica muy pesada para las comunidades afectadas, que ven disminuida su productividad, además de verse estigmatizadas, discriminadas y desatendidas. Esa misma estigmatización y discriminación de las personas que padecen alguna de esas enfermedades tienen un impacto devastador, no solamente en términos de salud (por ejemplo muchos de los que padecen dichas enfermedades prefieren evitar la atención médica o el acceso a un diagnóstico o a un tratamiento por el propio miedo a la estigmatización), sino también sobre sus derechos al trabajo, a la educación, a la vivienda o a la alimentación.

En palabras de la CIDH, en su *Informe Especial sobre Guatemala* de 6 de abril de 2001 (OEA/Ser. L/V/II.111, Doc. 21 rev.), “la salud y las enfermedades ‘son procesos con determinación intersectorial en donde los factores de mayor importancia causal son de orden social, económico, ambiental y de estilo de vida, además de biológicos’. En este sentido, agua potable, drenajes, eliminación de basuras, y el acceso a la electricidad son esenciales para prevenir enfermedades y mejorar la salud de la población”.

Esta interrelación tan estrecha entre el derecho a la salud y otros derechos, no solo DESC, sino también civiles y políticos, como el derecho a la vida o a la integridad física²¹⁵, pudiera verse como un solapamiento normativo entre esos derechos, de manera que algunos elementos del derecho a la salud pudieran estar contenidos adicionalmente en otros derechos. Sin embargo, el hecho de que por la violación de un derecho distinto del derecho a la salud se afecte o impacte de alguna forma la salud de la víctima no implica necesariamente que el derecho a la salud se haya violado también, sino que es parte de los elementos normativos del otro derecho violado²¹⁶. En este sentido, la afectación a la salud no siempre implica la violación del derecho a la salud.

²¹⁵ El relator especial hace hincapié, incidiendo en lo mencionado más arriba, en el impacto que las graves violaciones de derechos humanos, –ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y actos de tortura y violencia–, causaron en la salud mental de la población, que sufre un alto índice de traumas y problemas psicosociales. Informe presentado por el Sr. Paul Hunt, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, misión al Perú, E/CN.4/2005/51/Add.3, de 4 de febrero de 2005, párr. 68. Por otro lado, al respecto la CIDH también se ha pronunciado, entre otras formas, afirmando que “la violación de los [DESC] generalmente trae aparejada una violación de derecho civiles y políticos”, ver *Informe Especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Paraguay* 2001, OEA/Ser. L/VII.110, Doc. 52 de 9 de marzo de 2001, párr. 4.

²¹⁶ Asbjørn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, página 174-175.

4.2.3 Elementos esenciales²¹⁷

El Comité DESC ha establecido, en su Observación General número 14, que el derecho al más alto nivel posible de salud consiste en “[el] derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud” y determina un listado de elementos esenciales del derecho a la salud; así, al concepto de atención primaria básica²¹⁸ debe añadirse:

- Disponer de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, incluidos los factores básicos como agua potable, condiciones sanitarias básicas, hospitales y centros de salud, profesionales capacitados;
- accesibles para todos, sin discriminación, con alcance geográfico razonable para todos los sectores²¹⁹, incluidos

²¹⁷ Para una visión más exhaustiva del contenido básico del derecho a la salud, ver Parra Vera, Oscar, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2003.

²¹⁸ Observación General No. 14. En el informe de la Conferencia sobre la Atención Primaria de Salud, Alma-Ata, URSS, 6-12 de septiembre de 1978, capítulo 3 párr. 50, la OMS estableció que “los servicios facilitados por la atención primaria de salud pueden variar de un país a otro y de una comunidad a otra, pero, por lo menos, abarcan [...]: el fomento de una nutrición apropiada y de un abastecimiento suficiente de agua potable; el saneamiento básico; la asistencia materno infantil, incluida la planificación de la familia; la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; la prevención de las enfermedades endémicas de la localidad y la lucha contra ellas; las enseñanzas relativas a los problemas sanitarios predominantes y a los métodos de prevenirlos y luchar contra ellos; y al tratamiento adecuado de las enfermedades y lesiones habituales. Los otros niveles del sistema de salud proporcionan servicios más especializados de creciente complejidad”.

²¹⁹ El Relator Especial en materia de derecho a la salud remarcó el hecho de que “la proximidad de los centros, bienes y servicios sanitarios [...] es una dimensión esencial del derecho a la salud que la Administración ha de atacar con carácter prioritario y con imaginación”. Informe presentado por el Sr. Paul Hunt, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, misión al Perú, E/CN.4/2005/51/Add.3, de 4 de febrero de 2005, párr. 26.

los grupos vulnerables o marginados, y asequibles, incluido económicamente, para todos en base al principio de equidad, para lo cual la gente tendrá acceso a la información necesaria para el ejercicio de este derecho;

- respetuosos con la ética médica y con las diferentes culturas;
- y aceptables desde el punto de vista cultural, científico y médico, esto es, de buena calidad.

El Comité DESC interpreta pues este derecho como un **derecho inclusivo** que no solo abarca la atención de salud en si misma, sino también otros factores esenciales para la misma (agua, nutrición, vivienda, medioambiente...), así, en su informe sobre Perú²²⁰, el Relator Especial precisó como uno de los problemas más serios que enfrenta el gobierno de Perú en el ámbito de la salud, –junto, por ejemplo, a la gran incidencia de tuberculosis pulmonar en el país, la propagación del paludismo, o el aumento de casos de VIH/SIDA–, el alto porcentaje de población que no tiene acceso a agua apta para el consumo o para un saneamiento adecuado²²¹ y la alta tasa de malnutrición infantil. En su Observación General No. 15, el Comité DESC caracteriza al agua como “recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud” (párr. 1) “indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud” (párr. 3). En este sentido “debería darse prioridad a los recursos hídricos necesarios para evitar el hambre y las enfermedades, así como para cumplir las obligaciones fundamentales que entraña cada uno de los Derechos del [PIDESC]” (párr. 6) y destaca la necesidad de tomar medidas para garantizar la higiene ambiental como

²²⁰ Informe presentado por el Sr. Paul Hunt, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, misión al Perú, E/CN.4/2005/51/Add.3, de 4 de febrero de 2005.

²²¹ En dicho informe el Relator Especial estableció que “factores medioambientales como el agua no potable, el saneamiento deficiente o la contaminación del aire y del agua perjudican enormemente la salud de la población”, párr. 15.

aspecto del derecho a la salud (párrs 8 y 52). La garantía del derecho al agua es sin duda un elemento condicionante del derecho a la salud; así por ejemplo, la calidad del agua debe ser tal que “[no] conten[ga] microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas” (párr. 12).

Por otro lado, “el derecho a la salud y el derecho a la vivienda adecuada [...] impone a los Estados Partes la obligación de ampliar progresivamente unos servicios de saneamiento salubres, en particular en zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas, teniendo en cuenta las necesidades de las mujeres y los niños” (párr. 29).

4.2.4 Obligaciones básicas

Como se desprende del mismo enunciado de este derecho, “disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, no se puede entender el derecho a la salud como el derecho a estar sano. Sería un tanto utópico, sin duda –aunque un estado ideal por otro lado–, alcanzar una situación en la que todos los seres humanos estuvieran sanos, especialmente si tenemos en cuenta la existencia de enfermedades sin cura determinada y segura que existen en la actualidad (como ocurre con el VIH/SIDA), así como el crecimiento que ha experimentado la población mundial, y ello a pesar de los avances en investigación y nuevas prácticas desarrolladas para combatir enfermedades y epidemias.

Por ello, tampoco se puede entender que del derecho al más alto nivel posible de salud se desprenda una obligación de los Estados de garantizar buena salud a todos los individuos bajo su protección, sino de disponer de todos los recursos disponibles para garantizar el **acceso a unos niveles mínimos de protección de la salud**. Y esto es así por las peculiaridades que concurren en el tema salud; así, por ejemplo, podríamos

hablar de gente que adopta modos de vida lesivos para su salud, o personas que son propensas, por diferentes motivos, a sufrir problemas, incluso irreversibles, de salud, y también aspectos sociales como los conflictos o la violencia, como ya ha sido mencionado más arriba.

Si bien los elementos básicos garantes del derecho a la salud deben ser entendidos teniendo en cuenta el nivel de desarrollo de cada país²²² y la cantidad de recursos de los Estados, se trata igualmente de un derecho humano, el cual comprende tanto libertades como derechos, cuyo disfrute requiere de la garantía de esos aspectos básicos mencionados anteriormente, de los cuales no se puede privar. Complementando este aspecto de los niveles esenciales no debe olvidarse que a la obligación de **no injerencia en la salud** de los individuos, como por ejemplo el derecho a no ser sometido a tratamientos experimentales no consentidos, hay que añadir la obligación de respetar el principio de **no discriminación**, (Art. 2.2 del PIDESC, así como Art. 3), y la obligación de **realización progresiva** del derecho a la salud. Debe además otorgarse especial relevancia a la protección de los grupos más desfavorecidos –fundamentalmente en cuanto a la accesibilidad a los servicios de salud, como minorías étnicas, poblaciones indígenas, mujeres, niños, personas con discapacidades, personas con VIH/SIDA, poblaciones rurales–²²³. Así, el Relator Especial reafirmó la obligación de los Estados de adoptar medidas especiales para suprimir los obstáculos que impiden que los grupos en situación de vulnerabilidad disfruten del derecho

²²² Por ejemplo, en el Informe sobre Rumania, el Relator Especial menciona el impacto que los cambios sociales, económicos y políticos que experimenta el país para adaptarse de un sistema comunista a una democracia causa sobre el derecho a la salud, por una parte creando nuevas expectativas y compromisos, y por otra parte nuevos retos, párrs. 6-8.

²²³ Hay numerosos informes en los que se trata el tema de la especial protección a estos grupos. A modo de ejemplo, Comité de Derechos del Niño, Informe sobre Australia, 1997. CRC/C15/Add.79, párr. 13 y 32.

a la salud y para promoverlo²²⁴. Más aún, el comité DESC, en su Observación General No. 3, establece que incluso en situaciones de limitaciones graves de recursos es preciso proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la aprobación de programas especiales de relativo bajo coste (párr. 12). La Corte IDH también se pronunció al respecto, en concreto en relación con los derechos humanos de los niños, afirmando que “el **principio de igualdad** recogido en el artículo 24 de la [CADH] no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un **trato diferente en función de sus condiciones especiales**. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños”²²⁵.

El Comité DESC, en su Observación General No. 14, ha establecido una serie de obligaciones que configura como básicas (párr. 43) para la garantía de los niveles esenciales del derecho a la salud. Estas obligaciones mínimas o básicas son:

- garantizar el acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria;
- asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima;
- garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como suministro de agua potable;
- facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas de la OMS en su Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales;
- velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud, y

²²⁴ Informe presentado por el Sr. Paul Hunt, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, misión al Perú, E/CN.4/2005/51/Add.3, de 4 de febrero de 2005, párr. 21.

²²⁵ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, opinión 3.

- adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población.

Por otro lado, y a pesar de que los Estados tienen que tomar las medidas necesarias para garantizar el mínimo esencial ya mencionado, éstos tienen un **margen de discreción** en el establecimiento de tales medidas. En este sentido, el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, en su informe sobre Perú, (E/CN.4/2005/51/Add.3) de 4 de febrero de 2005, estableció que el principal reto en lo relativo al derecho a la salud es “definir una política y llevar a cabo estrategias i) basadas en la equidad, la igualdad y la no discriminación, y ii) dar más acceso a la atención de la salud y los factores que determinen la buena salud de los pobres”, siendo este reto más general el tema principal de todo informe. Parecería entonces compleja la protección del derecho a la salud y la determinación de casos de violación de dicho derecho si la garantía de éste está, primero, condicionada por los recursos de que dispone el Estado, y, segundo, otorga al Estado un margen de discreción, esto es, la adopción de **estrategias nacionales**, en cuanto a

la protección del derecho a la salud, sin perjuicio de lo ya mencionado sobre la protección de los elementos esenciales del derecho. El Comité DESC ha establecido, sin embargo, unos criterios condicionantes de ese margen de discreción. Así, en la Observación General No. 14 (párrs. 53-55) se establece que las estrategias nacionales deben adoptarse:

- a) Siempre bajo la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el acceso de toda persona a los establecimientos, bienes y servicios de salud.
- b) Considerando todos los recursos disponibles²²⁶.
- c) Utilizando esos recursos de la manera más rentable y efectiva posible²²⁷.

²²⁶ A modo de ejemplo, como estableció el Relator Especial en materia de derecho a la salud en su informe sobre Uganda, si un Estado tiene un sistema de administración masiva de drogas en relación con una enfermedad y, con un coste adicional mínimo, pudiera conjuntamente administrar otra droga para otra enfermedad, el Estado tiene la responsabilidad de organizar dicha coadministración de medicamentos.

²²⁷ Para un uso efectivo de los recursos escasos, el Relator Especial propone una mayor integración entre las intervenciones y las iniciativas en los niveles local, nacional e internacional. De manera que los Estados, que generalmente tienen un número significativo de diferentes iniciativas para combatir enfermedades, para proveer servicios de salud, tienen que desarrollar un sistema integral/integrado de salud que coordine e integre las diferentes iniciativas y programas para así garantizar un uso efectivo de los recursos. Ver Informe sobre Uganda, 2006. Al mismo tiempo, insta al sector público estatal en general, a que incorporen los derechos humanos en todas las políticas, programas e iniciativas que incidan en el derecho a la salud, Informe presentado por el Sr. Paul Hunt, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, misión al Perú, E/CN.4/2005/51/Add.3, de 4 de febrero de 2005, párr. 26. Otro de los problemas con respecto a este punto es lo que llama “disconnected Government”, esto es, que ciertas partes de los gobiernos no tienen en cuenta o integran en sus programas o políticas lo que otras partes del gobierno acordaron realizar. Así, los gobiernos pueden acordar que en su actuar respetarán siempre sus obligaciones bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero en la práctica no todos los departamentos del gobierno así lo hacen, como puede ocurrir con aquellos negociadores que tratan acuerdos con los organizaciones internacionales o bilaterales de comercio; ver al respecto Informe presentado por el Sr. Paul Hunt, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y

- d) Respetando el principio de no discriminación y participación del pueblo.
- e) Basándose en los principios de rendición de cuentas, transparencia e independencia del poder judicial.

Una vez establecido este núcleo básico de la protección del derecho a la salud, es posible determinar cuáles son los supuestos en los que un Estado violaría el derecho a la salud. Así, si un Estado que utiliza el máximo de sus recursos y conforme a los parámetros establecidos arriba, y aún así se ve imposibilitado para cumplir con sus obligaciones bajo el PIDESC (o la CADH, o el PSS), dicho Estado se encontraría en una situación de **incapacidad de cumplir**. Contraria sería la situación en la que un Estado, aún con limitados recursos, no los utiliza al máximo y de la manera más rentable posible para el logro de los objetivos en cuanto a protección de la salud, en ese caso el Estado estaría violando el Art. 12 del PIDESC. En todo caso, en el supuesto de incapacidad para cumplir, el Estado está obligado a justificar que hizo todo lo posible para utilizar sus recursos aún sin haber logrado el pleno cumplimiento de sus obligaciones bajo el Art. 12 del PIDESC. La elaboración de políticas públicas tiene que ir en todo caso complementada con la asignación de los recursos necesarios para el sector sanitario, para que se cumpla efectivamente con la protección de los niveles esenciales del derecho²²⁸. De esta forma, la capacidad o incapacidad de cumplir está íntimamente ligada a la correcta asignación de los recursos disponibles, a pesar de que en muchas de las recomendaciones de los órganos internacionales en materia de DESC se hace hincapié en la necesidad de que los Estados incrementen las inversiones en

mental, misión a la OMC, E/CN.4/2004/49/Add.1, de 1 de Marzo de 2004.

²²⁸ Informe presentado por el Sr. Paul Hunt, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, misión al Perú, E/CN.4/2005/51/Add.3, de 4 de febrero de 2005, párr. 36.

el área de salud²²⁹. En este sentido, el crecimiento económico de un país, lamentablemente, no siempre implica el avance en la protección de los DESC en general y del derecho a la salud en particular, por ello es necesario que los Estados diseñen políticas destinadas a vincular el crecimiento económico y los derechos²³⁰, y esto es sin duda aplicable a todos los DESC.

Ambos aspectos son por tanto necesarios, y en este sentido se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe Especial sobre Paraguay de 9 de marzo de 2001 al afirmar que “aunque el disfrute de los [DESC] se encuentra más ligado a la voluntad política que al monto de los recursos financieros disponibles, ello no significa que este último aspecto no tenga un impacto muy relevante en la situación” (párr. 24).

Como ya ha sido analizado con anterioridad en este trabajo, el “máximo de los recursos disponibles” comprende también la ayuda internacional que aportan otros gobiernos o instituciones internacionales a ciertos Estados²³¹. En este sentido, en el

²²⁹Por ejemplo, *Informe Especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre México* 1998, OEA/Serv. L/V/II.100, Doc. 7 rev. 1 de 24 de septiembre de 1998, párr. 606.

También en el Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones finales del Comité DESC, el Salvador, E/C.12/SLV/CO/2, de noviembre de 2006, párr. 24, el Comité estimó que el presupuesto que el Estado había asignado al sector salud era insuficiente para cubrir adecuadamente a la población y, además, que el acceso a los servicios de salud “se ve limitado por la falta de medios financieros asignados por el Estado parte al sector público, y por la preferencia por aplicar modalidades privadas de gestión, financiación y prestaciones del servicio, en detrimento de quienes no pueden pagarlo”.

²³⁰*Informe Especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Paraguay* 2001, OEA/Ser. L/VII.110, Doc. 52 de 9 de marzo de 2001, párr. 47.

²³¹Informe presentado por el Sr. Paul Hunt, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, misión al Perú, E/CN.4/2005/51/Add.3, de 4 de febrero de 2005, párr. 37. También, Observación General N° 14, párr. 47.

Otra forma de ayuda internacional consiste en la anulación de la deuda externa a condición de que los fondos liberados se destinen a la garantía del derecho a la salud, Informe presentado por el Sr. Paul Hunt, Relator

caso de que un Estado, que no posee los recursos suficientes para garantizar el derecho a la salud, rechace toda o parte de esa ayuda internacional, esto sería inconsistente con sus obligaciones internacionales en materia de derecho a la salud. Sin embargo, pueden existir motivos objetivos y racionales, en concordancia con sus obligaciones nacionales e internacionales en materia de derechos humanos, que justifiquen tal rechazo de fondos internacionales, en cuyo caso recae sobre el Estado la carga de la prueba de esa objetividad y racionalidad²³².

En todo caso, y más allá de discusiones sobre voluntad política, recursos, ayudas y crecimiento económico, cabe destacar que los niveles esenciales mencionados arriba son el núcleo esencial de protección del derecho a la salud y que, por tanto, debido a que esos niveles esenciales generan obligaciones básicas para los Estados, son de carácter inderogable de manera que ninguna circunstancia puede justificar su incumplimiento según la Observación General No. 14, párrafo 47,.

4.2.5 Grupos de especial protección

A pesar de ser un derecho de garantía universal para todos los seres humanos, como ya hemos visto, especial protección debe ser proveída con respecto a ciertos grupos o individuos. En este sentido se hace una especial protección a las mujeres, niños y adolescentes, personas mayores, personas con discapacidades y pueblos indígenas.

Con respecto a las mujeres²³³, el Comité DESC establece las dificultades en el acceso a niveles de salud como uno de

Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, misión al Perú, E/CN.4/2005/51/Add.3, de 4 de febrero de 2005, párr. 9.

²³² Informe presentado por Paul Haunt, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (Misión Uganda), E/CN.4/2006/48/Add.2, de 19 de enero de 2006, párr. 79.

²³³ “Women are disproportionately affected by poverty and social marginalization”, Grupo de Expertos Reunidos en Abo/Turku, Finlandia

los factores que influyen negativamente en la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los DESC, según la Observación General No. 16, párrafo 4 y determina que “el ejercicio del derecho de la mujer a la salud requiere que se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información [y que se adopten] medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales perniciosas que le deniegan sus derechos genésicos”²³⁴. Entre esas normas y prácticas destacan las “formas en que las funciones asignadas a ambos géneros afectan al acceso a condiciones de base de la salud”²³⁵.

del 1 al 4 de diciembre de 1997 establecieron en su informe sobre “promoting women’s enjoyment of their economic, and social rights”, EGM/WESR/1997/Report, párr. 18.

²³⁴ Observación General No. 14, párr. 21. En el caso de Rumania, por ejemplo, las políticas a favor de la natalidad durante el periodo comunista restringía el acceso de la mujer a métodos anticonceptivos y respaldaba económicamente a las mujeres que tenían familias numerosas. Este tipo de políticas derivaban en un elevado número de mujeres que recurrían a abortos ilegales y sin garantías de salubridad, además de a un alto porcentaje de mortalidad materna. Informe presentado por el Sr. Paul Hunt, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, misión a Rumania, E/CN.4/2005/51/Add.4, de 21 de febrero de 2005, párrs. 39, 44-46.

En el caso de El Salvador, el ordenamiento jurídico de ese Estado recoge el aborto como ilegal en cualquier circunstancia, incluso si la vida de la madre corre peligro, con lo que el aborto clandestino, junto con el VIH-SIDA, es la principal causa de muerte de las mujeres. Comité DESC, Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones finales del Comité DESC, el Salvador, E/C.12/SLV/CO/2, de noviembre de 2006, párr. 25.

²³⁵ Observación General No. 16, párr. 29. En el informe presentado por el Relator Especial sobre la situación del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental en Uganda, E/CN.4/2006/48/Add.2, de 19 de enero de 2006, se hace también hincapié en los efectos que las prácticas socioculturales, económicas y biológicas producen sobre las mujeres, las cuales sufren de manera desproporcionada un elevado número de enfermedades, así como una elevada tasa de mortalidad materna y violencia doméstica, y sufren también la carga de cuidar a los familiares que padecen enfermedades como VIH/SIDA o malaria. Para combatir la situación de disparidad en el disfrute del derecho a la salud que sufren las mujeres, el Relator especial urge al Estado a que en la adopción de las medidas a tomar

Especial atención merece la salud sexual y reproductiva²³⁶, causa de tasas elevadas de mortalidad materna. Para paliar estos efectos, es necesario establecer programas educativos así como garantizar el acceso, sobre todo de los pobres, a la información, a servicios de salud sexual y reproductiva, como la planificación familiar, la atención prenatal, etc., todo ello centrado en la necesidad de salud de las mujeres²³⁷. En este sentido, el Comité CEDAW, en el caso de la enfermedad del VIH/SIDA, estableció la necesidad de que los Estados “presten especial atención a los derechos y necesidades de las mujeres y los niños y a los factores que se relacionan con la función de reproducción de la mujer y su posición subordinada en algunas sociedades, lo que la hace especialmente vulnerable al contagio del VIH”²³⁸.

La CIDH se pronunció sobre este tema en un caso cuya víctima era una niña que fue violada y resultó embarazada. A pesar de que se autorizaba legalmente la posibilidad de efectuar un aborto, la interrupción del embarazo no fue

recomendadas haga lo necesario para asegurar que las políticas gubernamentales en materia de salud promuevan el acceso igualitario a los servicios de salud y que, además, integren una perspectiva de género en todos los programas y políticas.

²³⁶“La capacidad de la mujer de controlar su fecundidad tiene relación fundamental con su capacidad de gozar de un conjunto de derechos básicos; más específicamente, de proteger su integridad física y planificar su vida familiar con su pareja”. “En Guatemala, como en otros países, existe un vínculo bien documentado entre un mayor número de años de educación y una edad más tardía para tener un hijo, un menor número de hijos, una más baja tasa de mortalidad materno infantil y una mayor probabilidad de que el parto sea atendido por un profesional médico capacitado”; CIDH Informe sobre Guatemala 2001, OEA/Ser. L/V/II.111, doc. 21 rev, de 6 de abril de 2001, capítulo XIIa, párrs. 34 y 35.

²³⁷Informe presentado por el Sr. Paul Hunt, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, misión al Perú, E/CN.4/2005/51/Add.3, de 4 de febrero de 2005, párr. 72

²³⁸Comité para la Eliminación de toda Discriminación contra la Mujer, Observación General N° 15, noveno periodo de sesiones, 1990, *Necesidad de evitar la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales de acción preventiva y lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA)*.

posible debido a que la institución pública de salud a la que fue remitida la menor le negó el servicio médico y los médicos no informaron objetivamente a los familiares sobre el procedimiento. En el informe de solución amistosa del caso, la CIDH resaltó que “proteger y promover los derechos de las mujeres es una prioridad para los Estados Miembros de la OEA, con el fin de garantizar el goce pleno y eficaz de sus derechos fundamentales, en especial a la igualdad, la no discriminación y a vivir libres de la violencia basada en el género”. La CIDH destacó que la Convención de Belém do Pará establece que las víctimas de violencia sexual tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos sus derechos humanos, incluyendo los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales consagrados en los instrumentos regionales e internacionales de protección a los derechos humanos. Además, se indicó que el pleno goce de los derechos humanos de las mujeres no es posible de alcanzar sin un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, así como a información y educación en la materia. La CIDH también observa que la salud de las víctimas de violencia sexual debe ocupar un lugar prioritario en las iniciativas legislativas y en las políticas y programas de salud de los Estados”²³⁹.

Por otra parte, además de proveer los servicios necesarios para garantizar a las mujeres el acceso a los servicios de salud, los Estados están obligados a no interferir en su salud²⁴⁰, por ejemplo la responsabilidad del Estado en el caso de las mujeres a las que les fue implantado un dispositivo intrauterino,

²³⁹ CIDH, Informe No 20/07, Solución Amistosa, Petición 161-02, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, México, 9 de marzo de 2007, párrs. 18 y 19.

²⁴⁰ Ver por ejemplo Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 24, 20° periodo de sesiones, 199. Artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de la discriminación contra la Mujer. *La mujer y la salud*, párr. 14. Esta Recomendación General hace hincapié en las dificultades que enfrenta la mujer en materia de derecho a la salud así como las medidas que deben tomar los Estados para eliminar esa circunstancia.

habiéndose explícitamente negado a su autorización, según consta en el Informe especial de la CIDH sobre México 1998. Por todo ello, los Estados deben establecer políticas que tengan en cuenta una perspectiva de género y por tanto las necesidades específicas que tienen las mujeres. Perspectiva que debe ser incluida también en la adopción y aplicación de las políticas y normas comerciales a nivel nacional e internacional. Así, el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Hunt, en su informe de misión a la OMC, de 1 de marzo de 2004, recomienda por ejemplo entrenamiento en análisis de género de las reglas de comercio, así como en la recolección de datos relacionados con el comercio y la mujer (párrafo 87).

La no discriminación es un elemento esencial de la protección de los DESC, y específicamente del derecho a la salud, y por tanto la omisión de garantizar la igualdad en el disfrute del derecho a la salud constituye una violación del mismo²⁴¹. Además, “la discriminación de género dificulta o anula la capacidad de la mujer para ejercer libre y plenamente sus derechos y da lugar a una serie de consecuencias”, como así lo estableció la CIDH en el caso *María Eugenia Morales de Sierra* contra Guatemala.

Otro de los grupos en situación de vulnerabilidad con respecto al disfrute del derecho a la salud son las personas mayores²⁴², para los cuales el Comité requiere la adopción de

²⁴¹ Observación General No. 16, párr. 41. Además, “la discriminación de género dificulta o anula la capacidad de la mujer para ejercer libre y plenamente sus derechos y da lugar a una serie de consecuencias”, como así lo estableció la CIDH en el caso *María Eugenia Morales de Sierra* contra Guatemala.

²⁴² “De modo general, es al inicio y al final del tiempo existencial que uno experimenta mayor vulnerabilidad, frente a la proximidad del desconocido (el nacimiento y la primera infancia, la vejez y la muerte). Todo medio social debe, así, estar atento a la condición humana. El medio social que se descuida de sus niños no tiene futuro. El medio social que se descuida de sus ancianos no tiene pasado. Y contar sólo con el presente fugaz no es más que una mera ilusión”. Voto concurrente del Juez A. Caçado Trindade, *Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02* del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 5.

medidas necesarias para el disfrute de estándares satisfactorios de salud física y mental. Para ello, no es suficiente con que los Estados dispensen tratamientos curativos, sino que el mantenimiento de la salud de las personas mayores requiere inversiones durante toda la vida, máxime para la adopción de estilos de vida saludables. La adopción de tratamientos curativos para las personas mayores debe complementarse con medidas de prevención, como chequeos periódicos, y rehabilitación para que estas personas mantengan capacidades corporales y físicas adecuadas²⁴³.

Un tercer grupo en situación de vulnerabilidad con respecto al derecho a la salud sería el de las personas con discapacidades²⁴⁴. Una de las preocupaciones del Comité DESC a este respecto es la poca consideración que los Estados han dedicado a este grupo de personas en sus informes periódicos, hecho que viene directamente relacionado con la falta clara y específica de medidas para la mejora efectiva de la situación de las personas con discapacidades por parte de los Estados. Estos están obligados a tomar las acciones positivas necesarias para dar a estas personas un tratamiento preferencial destinado a alcanzar el objetivo de plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas las personas con discapacidades²⁴⁵. En este sentido, con respecto a la atención sanitaria de las personas con discapacidades mentales, una de

²⁴³Comité DESC, Observación General No. 6, *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*, párrs. 34-35. Más información sobre la protección de los derechos de las personas mayores se detalla en el *Report of the World Assembly on Ageing*, Vienna, 26 July-6 August, 1982.

²⁴⁴“Las personas con discapacidad enfrentan obstáculos adicionales en el ejercicio de toda la gama de [DESC] que les corresponden, incluyendo el acceso a la atención de salud, la educación y las oportunidades de trabajo en condiciones justas y equitativas”, *Informe Especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Guatemala 2001*, OEA/Ser. L/V/II.111, Doc. 21 rev. de 6 de abril de 2001, párr. 37.

²⁴⁵“[E]l acceso a la atención de salud es esencial, tanto para prevenir todas las formas de discapacidad que se puedan prevenir como para garantizar la detección temprana, la intervención y la rehabilitación en otros casos”, *Informe Especial de la Comisión Interamericana de*

las preocupaciones del relator especial, y que caracteriza como un problema “prácticamente universal”, es “la falta de servicios de rehabilitación y servicios de salud mental y apoyo en las comunidades”²⁴⁶, debido principalmente a que la prestación de servicios de salud mental está muy centralizada y, por ende, se viola el derecho a la atención geográficamente próxima, científica y médicamente adecuada para mejorar el estado de los interesados.

El derecho a la salud implica, como hemos visto, el acceso a tratamiento y servicios médicos. En el caso de las personas con discapacidades, en muchos casos se encuentran en situación de desventaja y desprotección en el acceso y disfrute de estos servicios y tratamientos, incluidos aparatos ortopédicos, lo que limita sus opciones a una vida independiente y plena dentro de sus circunstancias. Los Estados están por ello obligados a destinar recursos adicionales y medidas específicas para las personas con discapacidades a fin de garantizar el disfrute del derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, incluyendo servicios de rehabilitación, según la Observación General No. 5, párrafo 34.

Con respecto a los niños, la Declaración y la Convención de los Derechos del niño establece que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. El derecho a la salud de los niños está expresamente recogido en el Art. 12 a) del PIDESC, donde se requiere a los Estados que tomen medidas para reducir la mortinatalidad y la mortalidad infantil, y para el desarrollo sano de los niños. Esto incluye tanto obligaciones negativas, –no interferencia–, como positivas –la adopción de medidas

Derechos Humanos sobre Guatemala 2001, OEA/Ser. L/V/II.111, Doc. 21 rev. de 6 de abril de 2001, párr. 41.

²⁴⁶Informe presentado por el Sr. Paul Hunt, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, misión al Perú, E/CN.4/2005/51/Add.3, de 4 de febrero de 2005, párr. 64.

de carácter económico, social y cultural—²⁴⁷. Así por ejemplo, el relator especial señala que “el derecho a la salud también genera la obligación de prevenir y reducir la exposición de la población a sustancias nocivas para la salud. La contaminación medioambiental, así como el agua y el saneamiento insalubres, puede repercutir de manera especialmente grave en la niñez e impedir que disfrute del derecho a la salud. En particular, [...] el Gobierno [...] tiene la obligación no solo de respetar este derecho sino de protegerlo de los perjuicios de terceros”.

El principio N° 11 de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo establece que: “[t]odos los Estados y todas las familias deberían dar la máxima prioridad posible a la infancia. El niño tiene derecho a un nivel de vida adecuado para su bienestar y al más alto nivel posible de salud y a la educación”.

También en el mismo sentido, el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959), el cual establece: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios [...], para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal [...]. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

4.2.6 Temáticas relevantes

Como ya ha sido mencionado, otros factores que influyen en el disfrute del derecho a la salud es la **pobreza**²⁴⁸, que, íntimamente relacionada con la **discriminación**, está entre las

²⁴⁷ Human Rights Committee, General Comment 17, Rights of Child (Art. 24), 07/04/1989, CCPR/C/35, para. 3.

²⁴⁸ Ver informe presentado por Paul Hunt, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, misiones en Perú, E/CN.4/2005/51/Add.3 de 4 de febrero, en Uganda, E/CN.4/2006/48/Add.2, de 19 de enero de 2006, entre otros, párrs. 27 al 35, en Rumania, E/CN.4/2005/51/Add.4, de 21 de febrero, párrs. 8, 10.

causas y los efectos de las enfermedades en muchos países. En el Informe de la CIDH sobre Cuba de 1983, (OEA/Ser. L/V/II.61, Doc. 29 rev. I), de 4 de octubre de 1983, la CIDH estableció algunos de los indicadores que se utilizan para determinar el nivel de salud de la población, entre ellos mencionó la tasa de mortalidad infantil, afirmando que “[u]n análisis de la mortalidad infantil sirve como indicador más exacto de las condiciones de salud de un país”, de manera que dicha tasa tiende a ser más elevada en los países pobres. En este sentido, “las naciones subdesarrolladas demuestran una alta tasa de mortalidad infantil debido a la falta de servicios, los bajos ingresos, la inadecuada nutrición de los padres, y la mala higiene. Cuando estas condiciones cambian, la mortalidad infantil disminuye” (ver párrafos 25 al 27 del Informe). Se convierte así en un círculo vicioso que requiere intervención tanto de los Estados como de la comunidad internacional, y esto es así porque no sólo ocurre que la pobreza es una de las causas de las enfermedades, —porque no se tiene acceso a agua limpia, alimentación básica necesaria o vivienda adecuada—, sino que, por otro lado, las enfermedades pueden empobrecer a las personas, porque muchas veces los tratamientos son costosos o porque debido a la enfermedad la persona no puede trabajar ni, por tanto, generar sus propios recursos. Además, como ya se ha visto anteriormente, muchas enfermedades generan discriminación social contra los que las padecen, lo que les dificulta el acceso a actividades rentables, con lo cual son susceptibles de caer en un estado de empobrecimiento.

El sector privado juega también un papel relevante en cuanto a la protección del derecho a la salud. Así, por un lado, algunas empresas farmacéuticas, por ejemplo, desarrollan iniciativas para incrementar el acceso a medicamentos esenciales. Sin embargo, no es ésta la única manera de incidir en el disfrute al derecho a la salud. El Relator Especial, en su Informe sobre Uganda, ha establecido que es necesario que coordinen entre ellas y con otros actores del sector de la salud sus diferentes actividades en la materia. Por otro lado, otros ámbitos del sector privado con incidencia en la salud de la población no

tienen conocimiento de derechos humanos, y en ese sentido mostró su preocupación el Relator Especial, en concreto en relación con el sector minero privado, que producía desechos tóxicos que repercutían negativamente en la salud de las poblaciones próximas a los proyectos, causando la intoxicación de niños, la contaminación del medioambiente y la expulsión ilegal de sus tierras²⁴⁹.

Por otro lado, en cuanto a los acuerdos comerciales que los Estados negocien a nivel internacional, es un deber de los Estados tener en cuenta sus obligaciones con respecto a la protección de los derechos humanos y que, antes de concluir dichos acuerdos, determinen las posibles consecuencias sobre el disfrute de los mismos. En el caso específico del derecho a la salud cabe destacar la cuestión de las patentes, la cual podría mermar el acceso a los fármacos esenciales a una parte importante de la población²⁵⁰. El Relator Especial, consciente del impacto que los acuerdos comerciales pueden tener sobre el derecho a la salud, llevó a cabo una misión a la OMC²⁵¹. En ella, más que examinar la responsabilidad de la OMC bajo el derecho internacional, se centra en la importancia que tiene la posición de los Estados cuando negocian acuerdos comerciales²⁵², destacando para ello el principio fundamental de que “el derecho nacional e internacional de los derechos

²⁴⁹ Informe presentado por el Sr. Paul Hunt, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, misión al Perú, E/CN.4/2005/51/Add.3, de 4 de febrero de 2005, párrs. 52-53.

²⁵⁰ *Ibid.*, párrs. 47-51.

²⁵¹ Informe presentado por el Sr. Paul Hunt, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, misión a la OMC, E/CN.4/2004/49/Add.1, de 1 de Marzo de 2004.

²⁵² Teniendo en cuenta también en sus recomendaciones que “consistent with the human rights concept of international assistance and cooperation, acceding States should not be placed under undue pressure from more powerful States to enter into commitments that are ‘TRIPS plus’ or ‘WTO plus’. Also, an acceding country, with technical assistance where appropriate, should make use of right to health impact assessments before identifying the most appropriate commitments for its particular context”, párr. 85.

humanos, incluyendo el derecho a la salud, debe ser consistente y coherentemente aplicado en relación a todos los procesos nacionales o internacionales de diseño de políticas, incluyendo aquellos relacionados al comercio”²⁵³. A modo de ejemplo, para ilustrar el impacto que sobre el derecho a la salud pueden tener los distintos acuerdos comerciales a nivel internacional, destaca el hecho de que la protección de las patentes farmacéuticas permiten al poseedor del derecho de propiedad intelectual excluir de ciertos actos a los competidores, incluyendo la reproducción y venta del medicamento o droga por un periodo de 20 años²⁵⁴, lo que puede afectar a las investigaciones médicas, al costo de los medicamentos para los Estados (que están obligados a proporcionar medicinas esenciales asequibles) y por tanto al derecho al acceso de la población a los mismos. Por otro lado, se incentiva de cierta manera la investigación en las enfermedades “rentables”, dejando en el olvido la búsqueda de tratamientos para enfermedades que no generan beneficios, esto es, aquellas que predominantemente afectan a los países pobres.

La participación de la comunidad en lo pertinente a la salud es un elemento integrante de este derecho²⁵⁵ fundamental para el fomento de la salud a través del establecimiento de prioridades, la toma de decisiones y la planificación,

²⁵³ Párr. 9 (traducción de los autores. El texto original dice “national and international human rights law, including the right to health, should be consistently and coherently applied across all relevant national and international policy-making processes, including those relating to trade”).

²⁵⁴ Informe presentado por el Sr. Paul Hunt, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, misión a la OMC, E/CN.4/2004/49/Add.1, de 1 de Marzo de 2004. Párr. 41.

²⁵⁵ Informes presentados por el Sr. Paul Hunt, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, misión al Perú, E/CN.4/2005/51/Add.3, de 4 de febrero de 2005, párr. 43, misión a Rumania, E/CN.4/2005/51/Add.4, de 21 de febrero de 2005, párr. 19.

implementación y evaluación de las estrategias²⁵⁶; también lo es el papel de los profesionales de la salud en la prestación de la atención sanitaria²⁵⁷ y no sólo en cuanto a la preparación técnica necesaria para suministrar un servicio de salud de calidad, sino también en la formación necesaria para asegurar que no se deniega el acceso a los servicios de salud a ningún estrato o grupo de la sociedad²⁵⁸. El derecho a la participación en materia de salud es un derecho de toda la comunidad en general, pero implica también particularidades con respecto a ciertos grupos o individuos en concreto, así lo ya mencionado anteriormente sobre la participación de las comunidades indígenas, a lo que podría añadirse el derecho de los pobres “a que se les consulte acerca de las decisiones que afecten su vida” lo cual “requiere procesos que amplíen el espacio político a fin de dar voz a los pobres y a sus defensores [...]”²⁵⁹.

En cuanto a casos contenciosos, el derecho a la salud se ha declarado violado de manera expresa como tal en la

²⁵⁶ Informe presentado por el Sr. Paul Hunt, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, misión al Perú, E/CN.4/2005/51/Add.3, de 4 de febrero de 2005, párrs. 55 y 71.

²⁵⁷ *Ibid.*, párr. 44.

²⁵⁸ En el caso de Rumania por ejemplo, sin ser por ello un caso exclusivo de este Estado, se dio la situación de que el estigma creado en torno al sexo comercial y el uso de drogas por vía intravenosa afectaba la manera en que los profesionales de la salud trataban a esos pacientes, denegándoles en muchos casos el acceso a pruebas medicas y otros servicios. Informe presentado por el Sr. Paul Hunt, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, misión a Rumania, E/CN.4/2005/51/Add.4, de 21 de febrero de 2005, párr. 42.

También en Guatemala, se da la situación de que el 80% de los médicos se encuentran en la región metropolitana, con lo que en las zonas rurales, donde además vive la mayoría de la población y “donde se concentran los grupos de mayor riesgo” son auxiliares de enfermería, técnicos de salud o promotores voluntarios de salud, entre otros, los que atienden las necesidades en materia de salud de estas poblaciones. CIDH Informe sobre Guatemala 2001, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 21 rev, de 6 de abril de 2001, capítulo XI, párr. 49.

²⁵⁹ Informe Especial de la CIDH sobre Paraguay 2001, OEA/Ser. L/VII.110, Doc. 52 de 9 de marzo de 2001, párr. 48.

tramitación de algunas peticiones individuales ante la CIDH, así, en el caso *Tribu Ache* se consideró la negación de atención médica y medicinas durante epidemias como una violación del derecho a la preservación de la salud y al bienestar (Art. XI). En varios casos contra Cuba, por otra parte, se declara la violación del mismo derecho por las deficiencias de los sistemas penitenciarios de ese país y las condiciones de vida a las que están sometidos los presos, como asistencia médica deficiente, alimentación escasa y de mala calidad entre otras²⁶⁰. Los casos de vulneración del derecho a la salud de personas portadoras del VIH también son numerosos en el ámbito internacional, en el Caso *Jorge Odir Miranda* ante la CIDH²⁶¹, los peticionarios alegaron, entre otros, la violación del derecho a la salud definido en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador²⁶² así como la violación del artículo 26 de la CADH, en especial por el retardo en suministrarles los medicamentos y tratamientos adecuados a las víctimas. La CIDH admitió el caso para proceder el análisis de fondo en cuanto a la violación del Art. 26 de la CADH.

La Corte IDH no realiza un tratamiento o análisis autónomo del derecho a la salud, sino que implícitamente lo hace a través del análisis de otros derechos como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal. En diversos casos ha establecido que:

²⁶⁰ CIDH, Resolución N° 3/82, Caso 6091, Cuba, 8 de marzo de 1982; Resolución N° 45/81, Caso 4402, Cuba, 25 de junio de 1981; Resolución N° 46/81, Caso 4429, Cuba, 25 de junio de 1981; Resolución N° 47/81, Caso 4677, Cuba, 25 de junio de 1981; Resolución N° 2/82, Caso 2300, Cuba, 8 de marzo de 1982; Resolución N° 3/82, Caso 6093, Cuba, 8 de marzo de 1982.

²⁶¹ CIDH, informe N° 29/01, admisibilidad, Caso 12.249, Jorge Odir Cortez y otros, El Salvador, 7 de marzo de 2001. El caso fue visto en audiencia en 2002 pero no consta todavía una resolución del mismo.

²⁶² La CIDH no puede declarar la violación del Art. 10 del Protocolo, sin embargo sí puede utilizarlo para la interpretación de, por ejemplo, el artículo 26 de la CADH. En este sentido, concluyó que “aunque carece de competencia para establecer violaciones del artículo 10 del Protocolo de San Salvador [...] tomará en consideración las normas referentes al derecho a la salud en su análisis sobre el fondo de[el] caso”, párr. 47.

[E]n razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que **no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna**. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él²⁶³.

En este sentido, la Corte IDH ha establecido que el derecho a la salud (“el cuidado de la salud”), junto con el derecho a la educación, es un pilar “fundamental [] para garantizar el disfrute de una vida digna”²⁶⁴. En el caso *Cesti Hurtado*, la víctima se encontraba en prisión sin tener acceso a los medicamentos necesarios para tratar la isquemia cardíaca que sufría y que podía poner en peligro su vida. La Corte IDH ordenó como medida provisional otorgar un tratamiento médico adecuado con el objeto de preservar su integridad física, psíquica y moral²⁶⁵.

Asimismo, en el marco de otros casos contenciosos, la Corte IDH ha configurado estándares de especial importancia para salvaguardar el derecho a la salud. Por una parte, el Tribunal resaltó la obligación estatal de respetar el “derecho

²⁶³ Cfr. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 156; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 128; y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

²⁶⁴ En este caso hizo el análisis con respecto a la vida digna de los niños, como grupo vulnerable que no siempre tiene al alcance los medios necesarios para la defensa eficaz de sus derechos. Opinión Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, párr. 86.

²⁶⁵ *Caso Cesti Hurtado*, Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de enero de 1998, punto resolutivo 2. Resolución de 11 de Septiembre de 1997, considerando 6. Resolución de 29 de Julio de 1997, considerando 7.

y deber [de los médicos] de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de [tales]”²⁶⁶- por ejemplo, frente a una obligación legal de denuncia-; y la obligación de no sancionar el “acto médico”. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que el “acto médico” es “es un acto esencialmente lícito, [y] un deber de un médico el prestarlo”²⁶⁷.

De otra parte, en el Caso *Ximenes Lopes* contra Brasil²⁶⁸, relacionado con la muerte de una persona con discapacidad mental mientras permanecía bajo cuidado de una casa de reposo, la Corte IDH señaló que los Estados tienen el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental. El Tribunal precisó que la anterior obligación se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos; la promoción de la salud mental; la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posible, y la prevención de las discapacidades mentales (párr. 128). Asimismo, la Corte señaló algunos estándares sobre la garantía de la autonomía personal en relación con el ejercicio del derecho a la salud:

130. La Corte considera que todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas. El Tribunal reconoce que este último principio no es absoluto, ya que la necesidad misma del paciente puede requerir algunas veces la adopción de medidas sin contar con su consentimiento. No obstante, la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y

²⁶⁶Corte IDH. *Caso De La Cruz Flores*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 101.

²⁶⁷Corte IDH. *Caso De La Cruz Flores*, párr. 102. Cfr. también CIDH, informe No 42/07, admisibilidad, Petición 156-05, Luis Williams Pollo Rivera, Perú, 23 de julio de 2007, párr. 53.

²⁶⁸Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado²⁶⁹.

Otro importante aspecto desarrollado en este caso se relaciona con la obligación de asegurar una inspección, vigilancia y control en la prestación del servicio de salud. Al respecto, luego de precisar que es posible atribuir la responsabilidad internacional estatal por los actos de terceros que prestan servicios públicos, la Corte IDH resaltó “el deber de los Estados de regular y fiscalizar las instituciones que prestan servicio de salud, como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción”, deber que “abarca tanto a las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos de salud, como aquellas instituciones que se dedican exclusivamente a servicios privados de salud” (párr. 141). Estas consideraciones fueron

²⁶⁹En relación con el uso de la sujeción (acción que interfiere con la capacidad de un paciente de tomar decisiones o que restringe su libertad de movimiento), la Corte IDH destacó que esta medida “es una de las medidas más agresivas a que puede ser sometido un paciente en tratamiento psiquiátrico. Para que esté en conformidad con el respeto a la integridad psíquica, física y moral de la persona, según los parámetros exigidos por el artículo 5 de la Convención Americana, debe ser empleada como medida de último recurso y únicamente con la finalidad de proteger al paciente, o bien al personal médico y a terceros, cuando el comportamiento de la persona en cuestión sea tal que ésta represente una amenaza a la seguridad de aquéllos. La sujeción no puede tener otro motivo sino éste, y sólo debe ser llevada a cabo por personal calificado y no por los pacientes” (párr. 134). Además, el Tribunal indicó que “en consideración de que todo tratamiento debe ser elegido con base en el mejor interés del paciente y en respeto de su autonomía, el personal médico debe aplicar el método de sujeción que sea menos restrictivo, después de una evaluación de su necesidad, por el período que sea absolutamente necesario, y en condiciones que respeten la dignidad del paciente y que minimicen los riesgos al deterioro de su salud” (párr. 135).

reiteradas en el *Caso Albán Cornejo y otros* contra Ecuador²⁷⁰, relacionado con un caso de la mala praxis médica. En este fallo el Tribunal señaló que “cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas (como es el caso de un hospital privado)” la atribución de responsabilidad puede surgir “por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo” (párr. 119). Además, la Corte señaló que “al médico le concierne la preservación de valores fundamentales del individuo y de la humanidad en su conjunto” (párr. 133) y que la legislación aplicable a la mala praxis médica tenía que satisfacer la debida realización de la justicia en el caso concreto.

4.3 Derecho a la alimentación adecuada

De acuerdo a la ONU, a marzo de 2006 existían 852 millones de personas desnutridas y un niño o niña moría cada 5 segundos por hambre o enfermedades conexas. Esto ocurría cuando, de acuerdo a datos la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, en el planeta se pueden producir alimentos suficientes para alimentar diariamente a 12.000 millones de personas, el doble de la población mundial²⁷¹. De los 852 millones de personas mencionadas, 815 se encuentran en países en desarrollo, 28 en países en transición y 9 en países desarrollados²⁷². Es de suponer que tal realidad no ha sido modificada sustancialmente en la actualidad. Los gobiernos del mundo

²⁷⁰ Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

²⁷¹ Cfr. Asamblea General de las Naciones Unidas. *El derecho a la alimentación*. Resolución 60/165 de 2 de marzo de 2006. Documento A/RES/60/165, punto 3.

²⁷² Cfr. Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler. *El derecho a la alimentación*. Informe de 1 de septiembre de 2006. Documento A/61/306, párr. 2.

se han comprometido, en la Declaración del Milenio del año 2000, a “[r]educir a la mitad, para el año 2015, el porcentaje de habitantes del planeta cuyos ingresos sean inferiores a un dólar por día y el de las personas que padezcan hambre”.

Como ha sido señalado contundentemente por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación (en adelante, “el Relator sobre el derecho a la alimentación”), “[e]l hambre no es inevitable. Es una violación a los derechos humanos”²⁷³.

Los instrumentos del Sistema Universal señalados, así como la DADD, receptan este derecho como parte del contenido, respectivamente, de uno más amplio –que podría denominarse “derecho a un nivel de vida adecuado”– y del “derecho a la preservación de la salud y al bienestar”²⁷⁴. En el caso del PIDESC, no obstante, se incluye a continuación del primer inciso –que enuncia el derecho a un nivel de vida adecuado– un segundo inciso que trata sobre el derecho de toda persona a estar protegida contra el hambre. De este modo, son los textos del PSS y del PIDESC los que delinear con más claridad este derecho²⁷⁵.

²⁷³ *Ibíd.* Documento A/61/306, párr. 3.

²⁷⁴ El derecho a la alimentación adecuada se encuentra plasmado en los principales instrumentos internacionales, universales y regionales, que efectúan un reconocimiento general de derechos económicos sociales y culturales: DUDH, artículo 25; PIDESC, artículo 11; DADD, artículo XI; CADH, artículo 26 (en conexión con el artículo 34 j) de la Carta de la OEA) y PSS, artículo 12.

²⁷⁵ El PSS, en su artículo 12, titulado “Derecho a la Alimentación” dice: “1. Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual. 2. Con el objeto de hacer efectivo este derecho y a erradicar la desnutrición, los Estados Partes se comprometen a perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos, para lo cual se comprometen a promover una mayor cooperación internacional en apoyo de las políticas nacionales sobre la materia”. Por su parte, el PIDESC, en el segundo inciso de su artículo 11 señala: “Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución

Entre otros documentos internacionales que enuncian también el derecho a la alimentación pueden citarse la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 24 y 27; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer²⁷⁶, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, artículo 5²⁷⁷ y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículos 2.2.b) y 3.

También son relevantes para interpretar el derecho otros textos internacionales, tales como la Declaración del Milenio u otros específicos sobre el tema, como la Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición²⁷⁸ y la Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial²⁷⁹. Asimismo, el entendimiento del derecho se llena con lo establecido por diversas resoluciones de organismos internacionales.

de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan”.

²⁷⁶ Cfr. Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler. *El derecho a la alimentación*. Informe de 28 de agosto de 2003. Documento A/58/330, párr. 17. Dice el relator que si bien este instrumento no hace un reconocimiento expreso del derecho a la alimentación, lo protege a través de normas referentes a la igualdad de acceso de la mujer a la tierra, el crédito, los ingresos y la seguridad social.

²⁷⁷ Esta norma reconoce el derecho a la alimentación de forma implícita, ya que menciona de modo genérico a los DESC.

²⁷⁸ Aprobada el 16 de noviembre de 1974 por la Conferencia Mundial de la Alimentación, convocada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 3180 (XXVIII) de 17 de diciembre de 1973; y que hizo suya la Asamblea General en su resolución 3348 (XXIX) de 17 de noviembre de 1974.

²⁷⁹ Aprobada en la Cumbre Mundial sobre la Alimentación celebrada en Roma, Italia, entre los días 13 y el 17 de noviembre de 1996.

4.3.1 Elementos esenciales

La prerrogativa aquí examinada “se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla”²⁸⁰. Inspirándose en esta definición, el Relator sobre el derecho a la alimentación amplió tal concepto, expresando que el derecho que nos ocupa es “el derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra en dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y que garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna”²⁸¹.

²⁸⁰Comité DESC. *Observación General No 12. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto)*. 20º período de sesiones. Documento E/C,12/1999/5. 1999, párr. 6. Más allá de este concepto dado por el Comité, cabe destacar otros –coincidentes con él– brindados por documentos internacionales: la Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial, en su primer párrafo, habla del “derecho de toda persona a tener acceso a alimentos sanos y nutritivos, en consonancia con el derecho a una alimentación apropiada y con el derecho de toda persona a no padecer hambre”. La declaración mundial sobre la erradicación del hambre y la malnutrición dice que “[t]odos los hombres, mujeres y niños tienen el derecho inalienable a no padecer hambre y malnutrición, a fin de poder desarrollarse plenamente y conservar sus capacidades físicas y mentales” (punto 1). Coincidentemente, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha “reafirma[do] ...] el derecho de toda persona a disponer de alimentos sanos y nutritivos, en consonancia con su derecho a una alimentación adecuada y su derecho fundamental a no padecer hambre, a fin de poder desarrollar y mantener plenamente su capacidad física y mental” (*El derecho a la alimentación*, Resoluciones 60/165 de 2 de marzo de 2006 y 59/202 de 31 de marzo de 2005, puntos 2 de ambas). En el mismo sentido se ha expresado la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Cfr. *Los derechos económicos, sociales y culturales. El derecho a la alimentación*. Documento E/CN.4/2003/L.27 de 11 de abril de 2003, punto 2)

²⁸¹Cfr. Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler. *El derecho a la alimentación*. Informes de 23 de agosto de 2003 y 1 de septiembre de 2006. Documentos A/58/330 y A/61/306 respectivamente, párr. 3 de ambos.

El carácter de “adecuada” –señalado en el inciso 1 del artículo 11 del PIDESC, en el texto respectivo del Protocolo de San Salvador y en las definiciones reseñadas- tiene por función indicar que no es correcto asimilar el derecho a la alimentación sólo con la recepción, por parte de las personas, de un conjunto de elementos nutritivos que permitan la supervivencia. Por el contrario, el contenido del derecho se configura teniendo en consideración factores culturales, sociales, económicos, climáticos y ecológicos, según consta en la Observación General No. 12, párrafos 6 y 7 del Comité DESC.

Teniendo en consideración este carácter de adecuación, el Comité DESC, en la misma Observación General, párrafo 8, coligió que el contenido básico del derecho aquí examinado comprende “[l]a disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada [y l]a accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos”.

De este modo, encuentra acogida en el concepto de “alimentación adecuada” el de “sostenibilidad” del acceso a la alimentación –también relacionado a la idea de “seguridad alimentaria”– que denota la posibilidad de acceso a los alimentos por las generaciones presentes tanto como por las futuras²⁸².

En primer término, el derecho implica el acceso de todas las personas a alimentación de cierta calidad, lo que conlleva

²⁸²Cfr. Comité DESC. *Observación General No 12. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto)*. 20º período de sesiones. Documento E/C,12/1999/5. 1999, párrs. 7 y 8. La idea de “sostenibilidad” alimentaria se vincula, indefectiblemente, con la “sostenibilidad” en materia ambiental; ello dada la evidente relación entre alimentos y ambiente. Lo anterior fue reconocido por los gobiernos del mundo en la Declaración del Milenio (Cfr. párr. 21) quienes, en consecuencia, decidieron, entre otras cosas, “[r]eafirma[r] [su] apoyo a los principios del desarrollo sostenible, incluidos los enunciados en el Programa 217, convenidos en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo” (párr. 22).

que la misma sea apta para cubrir las necesidades fisiológicas humanas y que carezca de sustancias nocivas, según lo señala el Comité DESC, en los párrafos 9 y 10 de la Observación General No. 12.

En cuanto al elemento de “accesibilidad”, en el párrafo 13 de la misma Observación General, señala que el mismo debe entenderse tanto en un sentido físico como económico. De lo que se trata es de que nadie –por la zona en la que viva, la vulnerabilidad física que eventualmente padezca, o por el dinero que detente– vea amenazado su acceso a la alimentación, o deba lograrlo en condiciones que obstan a la consecución de otros bienes relativos a otros derechos humanos.

Continúa la Observación General, en su párrafo 13, señalando que la “aceptabilidad cultural”, por su parte, implica que “deben tenerse en cuenta, en la medida de lo posible, los valores no relacionados con la nutrición que se asocian a los alimentos”.

El elemento de “disponibilidad”, se puede realizar de distintos modos: una persona puede producir sus propios alimentos, mediante la explotación de la tierra²⁸³, o puede acudir a sistemas de distribución o comercialización. Lo trascendental es que efectivamente exista, de uno u otro modo, la posibilidad de obtener alimento, según se observa en el párrafo 16.

²⁸³ Esto hace que en ciertos casos, cuando la persona depende de la tierra que habita para su alimentación -como puede ocurrir en relación a pueblos indígenas- el derecho aquí examinado tenga una relación muy estrecha con los derechos a la propiedad, a la vivienda y a un ambiente sano. Además de lo que aquí se dice, esto se analiza al examinar estos dos últimos derechos mencionados.

4.3.2 Obligaciones básicas

El Comité DESC expresamente manifestó que respecto al derecho a la alimentación los Estados tienen las mismas obligaciones que detentan sobre otros derechos: respetar, proteger y cumplir²⁸⁴. No obstante estableció también, en el párrafo 16 de la Observación General No. 12, que “algunas de las medidas, a estos niveles de obligación [...] tienen un carácter más inmediato, mientras que otras tienen un carácter de más largo plazo, para lograr gradualmente el pleno ejercicio del derecho a la alimentación”.

Si bien el órgano mencionado no aclara expresamente, en la Observación General referida a este tema, cuáles son los deberes “más inmediatos”, sí marca cuándo se producen violaciones al PIDESC. De allí parecería inferirse que son obligaciones de carácter inmediato la de garantizar un nivel mínimo esencial de protección contra el hambre, evitar la discriminación –tanto en el acceso a los alimentos como en los medios y derechos para obtenerlos–, adoptar la legislación necesaria para el disfrute del derecho y para regular la actividad del Estado y de terceros en relación a él, así como ejercer efectivamente el control correspondiente, y brindar recursos judiciales adecuados para el resguardo del derecho.

En esta línea, el Comité DESC dijo que “los Estados tienen la obligación básica de adoptar la medidas necesarias para mitigar y aliviar el hambre [...] incluso en caso de desastre natural o de otra índole”. También explicó que el PIDESC se ve violentado por un Estado si el mismo no garantiza a toda persona sometida a su jurisdicción un nivel mínimo esencial de protección contra el hambre (párrafos 14 y 17) o si no

²⁸⁴Cfr. Comité DESC. *Observación General No 12. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto)*. 20º período de sesiones. Documento E/C.12/1999/5. 1999, párr. 15. En este documento se utilizan los términos “respetar”, “proteger” y “realizar”. no obstante, preferimos unificar la terminología usando “cumplir” en vez de “realizar”, dado que aquél es el verbo que, con significado equivalente, emplea el Comité con posterioridad. Sobre esto ya se ha hecho referencia.

brindan recursos judiciales adecuados u otros apropiados a toda persona o grupo que fuere víctima de una violación a su derecho a la alimentación adecuada²⁸⁵. Por su parte, el Relator de Naciones Unidas para el derecho a la alimentación ha hecho hincapié en la necesidad de que, en el marco del cumplimiento de su obligación de “proteger” el derecho a la alimentación, los Estados regulen y controlen el actuar de empresas multinacionales relacionadas al rubro alimenticio, así como que proporcionen recursos efectivos por eventuales violaciones al derecho que ellas comentan²⁸⁶.

Además de lo dicho, es pertinente mencionar que tanto el PIDESC como el PSS conminan a los Estados a cumplir determinados deberes específicos: mejorar sus sistemas de producción y distribución de alimentos, incluyendo la maximización de la utilización eficaz de los recursos naturales, y brindar cooperación internacional para tal fin, así como para lograr una distribución más equitativa de alimentos mundiales²⁸⁷. Estos deberes encuadran en los imperativos generales de los Estados de adoptar medidas y de cooperar

²⁸⁵Cfr. Comité DESC. *Observación General No 12. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto)*. 20º período de sesiones. Documento E/C.12/1999/5. 1999, párr. 32. En el mismo sentido, destacando la importancia que para la realización del derecho tiene la existencia de recursos judiciales, se ha pronunciado el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler. (Cfr. *El derecho a la alimentación*. Informe de 1 de septiembre de 2006. Documento A/61/306, párrs. 47 a 49).

²⁸⁶Cfr. Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler. *El derecho a la alimentación*. Informe de 28 de agosto de 2003. Documento A/58/330, párrs. 27 a 49.

²⁸⁷Coincidentemente, la Declaración universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición ha bregado por el “establecimiento de un sistema mundial de seguridad alimentaria” (párr. g, punto 12), así como de otras acciones de cooperación internacional (ver, por ejemplo, sus puntos 1, 2 y 7, además de consideraciones previas). También la Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial: “[e]n el ámbito mundial, los gobiernos deberían [...] cooperar activamente entre sí y con las organizaciones del sistema de Naciones Unidas, las instituciones financieras, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales y los sectores público y privado en programas encaminados a alcanzar la seguridad alimentaria para todos” (párr. 6).

entre sí para lograr la plena satisfacción de los derechos. El sentido de estas normas es imponer, sin perjuicio de otros, algunos medios para lograr el objetivo señalado.

4.3.3 Interrelación con otros derechos

El Comité DESC señala que la satisfacción del derecho a la alimentación adecuada es esencial para el disfrute de otros derechos humanos: con una mala alimentación, una persona puede verse afectada en su salud y, según el caso, hasta peligrar su vida²⁸⁸. La CIDH ha aceptado esta ligazón. Por ejemplo, en varios casos relativos a la situación de personas privadas de la libertad, determinó que las condiciones en que ellas se encontraban, entre ellas, falta de alimentación o provisión insuficiente de la misma, generaban una vulneración del derecho a la salud²⁸⁹.

A su vez, las posibilidades de una alimentación adecuada, dependen también de la satisfacción de otros derechos²⁹⁰. De este modo, puede observarse que las mismas pueden depender,

²⁸⁸Cfr. Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición, párr. b); Asamblea General de las Naciones Unidas. *El derecho a la alimentación*. Resolución 60/165 de 2 de marzo de 2006. Documento A/RES/60/165, punto 2.

²⁸⁹Cfr. CIDH: casos 4402, resolución 45/81 de 25 de junio de 1981 (Informe anual 1980-1981); 4429, resolución 46/81 de 25 de junio de 1981 (Informe anual 1980-1981); 4677, resolución No. 47/81 de 25 de junio de 1981 (Informe anual 1980-1981); 2300, resolución No. 2/82 de 8 de marzo de 1982 (Informe anual 1981-1982); 6091, resolución No. 3/82 de 8 de marzo de 1982. (Informe anual 1981-1982); 6093, resolución No. 3/82 de 8 de marzo de 1982. (Informe anual 1981-1982), 11.427. *Víctor Rosario Congo*. Informe No 63/99 de 13 de abril de 1999. (Informe anual 1999).

²⁹⁰Como en relación a los demás derechos, no puede establecerse apriorísticamente con qué derechos se presenta una relación de interdependencia. Ello dependerá del modo en que se presenten los hechos en un caso o situación concretos. Así, por ejemplo, el Relator para el derecho a la alimentación ha señalado la conexión de este derecho, en la situación particular de la República Popular Democrática de Corea, con el de circular libremente (Cfr. Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler. *El derecho a la alimentación*. Informe de 1 de septiembre de 2006. Documento A/61/306, párr. 22).

en ocasiones, del respeto al derecho de propiedad o de tenencia de la tierra²⁹¹. La alimentación depende de políticas ambientales adecuadas, según señala el Comité DESC, por lo que este derecho y el derecho a un medio ambiente sano están íntimamente imbricados²⁹². Así, por ejemplo, el Relator especial para el derecho a la alimentación explica que “[e]l hambre [...] está relacionado con los efectos del cambio climático, la desertificación y la degradación de la tierra en todo el mundo”²⁹³. En una relación de dependencia recíproca con el derecho a la alimentación –y también con los derechos a la salud y a un ambiente sano, entre otros– se encuentran también el derecho al agua²⁹⁴.

²⁹¹ En este sentido, es ilustrativo un caso tramitado ante la CIDH cuyos hechos versaban sobre el desplazamiento forzado de familias indígenas de sus tierras, de las que requerían para subsistir, a raíz de un conflicto armado. En el acuerdo de solución amistosa al que se arribó, el Estado se comprometió a proveer alimentación a las familias hasta que finalizara su reubicación. (Cfr. Petición 11.197, *Comunidad San Vicente Los Cimientos* (Guatemala). Informe No 68/03 (Solución Amistosa) de 10 de octubre de 2003, párr. 36).

²⁹² Solo a título de ejemplo, nótese lo mencionado por la Declaración universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición: “la utilización de los recursos marinos y de las aguas interiores cobra importancia, como nueva fuente de alimentos y de bienestar económico. Por lo tanto, se deben tomar medidas para promover una explotación racional de estos recursos[. ...] A fin de asegurar una adecuada conservación de los recursos naturales que se utilizan o podrían utilizarse para la producción de alimentos, todos los países deben colaborar a fin de facilitar la conservación del medio ambiente, inclusive el medio marino” (puntos 5 y 9, respectivamente). También la Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial se pronuncia en el mismo sentido (párr. 5) En el mismo sentido también se han expresado el Comité DESC y la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas *los derechos económicos, sociales y culturales. El derecho a la alimentación*. Documento E/CN.4/2003/L.27 de 11 de abril de 2003, punto 12)

²⁹³ Cfr. Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler. *El derecho a la alimentación*. Informe de 1 de septiembre de 2006. Documento A/61/306, párr. 6.

²⁹⁴ Tanto el Comité DESC como la Asamblea General de las Naciones Unidas y el Relator para el derecho a la alimentación, estos con base en las consideraciones de aquel, han realizado este señalamiento. (Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales *Observación General No 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto*

Ha señalado el Comité DESC, que “el derecho a una alimentación adecuada [...] inseparable de la justicia social, pues requiere la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales adecuadas, orientadas a la erradicación de la pobreza y al disfrute de los derechos humanos por todos”. Así como en relación a los demás derechos humanos, las políticas de los Estados mediante las cuales se adopten medidas a efectos de satisfacer el derecho a la alimentación quedan, en principio, a su arbitrio. No obstante, de acuerdo a las consideraciones del Comité, las mismas deben incluir la elaboración de una estrategia nacional que contemple todos los aspectos del sistema alimentario²⁹⁵, así como dar “pleno cumplimiento a los principios de responsabilidad, transparencia, participación popular, descentralización, capacidad legislativa e independencia de la magistratura”. Además, cabe decir que la Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición estableció que:

Es de importancia fundamental adoptar medidas efectivas de transformación socioeconómica, mediante la reforma agraria, de la tributación, del crédito y de la política de inversiones, así como de organización de las estructuras rurales, por ejemplo:

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). 29º período de sesiones, noviembre de 2002. Documento E/C.12/2002/11, párrs. 2, 3, 4, 6, 7, y 12. Asamblea General de las Naciones Unidas, *El derecho a la alimentación*. Resolución 59/202 de 31 de marzo de 2005. Documento A/res/59/202, punto 18). Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler. *El derecho a la alimentación*. Informe de 10 de enero de 2003. Documento E/CN.4/2003/54, párrs. 36 a 51.

²⁹⁵ Cfr. Comité DESC. *Observación General No. 12. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto)*. 20º período de sesiones. Documento E/C.12/1999/5. 1999, párrs. 21 y 25. En este sentido, el Relator especial para el derecho a la alimentación ha observado favorablemente la promulgación de una ley sobre seguridad alimentaria en Guatemala; ella tuvo en cuenta lo dicho por la Observación General No. 12 y definía violaciones al derecho, así como un sistema para su realización progresiva. También vio con beneplácito el programa “Hambre Cero” de Brasil, así como el establecimiento de un Consejo Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional en ese país (Cfr. Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler. *El derecho a la alimentación*. Informe de 1 de septiembre de 2006. Documento A/61/306, párrs. 13 y 15).

la reforma de las condiciones de propiedad, el fomento de las cooperativas de productores y de consumidores, la movilización de todo el potencial de recursos humanos, tanto de hombres como de mujeres, en los países en desarrollo para un desarrollo rural integrado, y la participación de los pequeños agricultores, los pescadores y los trabajadores sin tierras en los esfuerzos por alcanzar los objetivos necesarios de producción alimentaria y empleo (punto 4).

Entre los aspectos que los Estados deberían tener en cuenta, está la cuestión de la distribución de la tierra. La inequidad de la misma se relaciona directamente con la satisfacción del derecho a la alimentación: el Relator especial para el derecho a la alimentación ha señalado que “el acceso a la tierra es uno de los principales elementos necesarios para erradicar el hambre en el mundo”²⁹⁶ y que la mayor parte de las personas que padece hambre habitan en el medio rural, ocurriendo que, o bien no tienen suficientes recursos productivos²⁹⁷ o bien trabajan para quienes detentan las tierras más fértiles o extensas por bajas remuneraciones que no alcanzan a satisfacer sus necesidades alimentarias. Esto, a su vez, genera la migración a zonas urbanas en las que, en general, también se ve dificultado el acceso al derecho²⁹⁸. Por tales motivos, ha exhortado a los Estados a considerar la reforma agraria como una opción de política destinada a garantizar la seguridad alimentaria²⁹⁹. En el mismo sentido se ha pronunciado la CIDH, aunque fundando

²⁹⁶ Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler. *El derecho a la alimentación*. Informe de 27 de agosto de 2002. Documento A/57/356, párr. 22.

²⁹⁷ El Relator para el derecho a la alimentación observó que esto es lo que ocurría en Guatemala en relación a la población indígena (Cfr. *El derecho a la alimentación*. Informe de 1 de septiembre de 2006. Documento A/61/306, párr. 4).

²⁹⁸ Cfr. Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler. *El derecho a la alimentación*. Informe de 1 de septiembre de 2006. Documento A/61/306, párr. 4.

²⁹⁹ Cfr. Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler. *El derecho a la alimentación*. Informe de 27 de agosto de 2002. Documento A/57/356, párr. 22 a 42.

sus consideraciones también en el derecho de propiedad, lo que marca la mutua dependencia de uno y otro derecho. Este órgano, en 1971, dijo que “[e]n el campo de los derechos económicos y sociales [...] es [...] de apremiante urgencia la aceleración de los procesos de reforma agraria inspirados en el Artículo 23 de la Declaración Americana”³⁰⁰. También ha señalado el Relator que “[s]i no se hacen inversiones suficientes en el riego y la agricultura en pequeña escala, las esperanzas de erradicar el hambre son mínimas”³⁰¹.

4.3.4 Grupos de especial protección

Como ocurre respecto a otros derechos, los Estados deben adoptar medidas afirmativas para subsanar el estado de discriminación o la condición de mayor vulnerabilidad que ciertos sectores de la población presenten en cuanto al acceso a la alimentación³⁰².

Las mujeres y las niñas se ven de hecho más afectadas que los hombres por el hambre, la inseguridad alimentaria y la pobreza; esto se relaciona con las desigualdades entre los géneros, la falta de poder social, económico y político de las mujeres y la discriminación contra ellas³⁰³. Ha dicho el

³⁰⁰ Informe anual de 1970. Parte II: Relación de los campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II.25 Doc. 9 (español) Rev. 12 marzo 1971.

³⁰¹ Cfr. Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler. *El derecho a la alimentación*. Informe de 1 de septiembre de 2006. Documento A/61/306, párr. 6.

³⁰² A título de ejemplo, es factible citar lo dicho por la Corte IDH en relación a personas mayores: “[e]n lo que se refiere a la especial consideración que merecen las personas de edad avanzada, es importante que el Estado adopte medidas destinadas a mantener su funcionalidad y autonomía, garantizando el derecho a una alimentación adecuada acceso a agua limpia y a atención de salud” (*Comunidad Indígena Yakye Axa*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 175).

³⁰³ Cfr. Asamblea General de las Naciones Unidas. *El derecho a una alimentación adecuada*. Resoluciones 60/165 de 2 de marzo de 2006 y 59/202 de 31 de marzo de 2005. Documentos A/RES/60/165, punto 4 y A/RES/59/202, punto 4, respectivamente). También Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler.

Relator para el derecho a la alimentación que “[e]l Estado tiene la obligación de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la alimentación. El cumplimiento de esta obligación debe entenderse de forma que se respeten las diferencias entre los sexos, se tengan en cuenta los actuales obstáculos con que se enfrenta la mujer y se procure mejorar la situación”; esto implica la adopción de medidas positivas para mejorar la igualdad sustantiva de la mujer³⁰⁴.

La situación antedicha se ve también favorecida por la discriminación que afecta negativamente a la mujer en relación al trabajo, lo que genera, entre otras cosas, menores ingresos monetarios y dependencia económica del hombre³⁰⁵. Por tal motivo, los Estados deben adoptar medidas para combatir estas realidades y asegurar a las mujeres el acceso al derecho a alimentación en condiciones de igualdad³⁰⁶. De acuerdo a la Declaración del Milenio, los gobiernos han reconocido lo dicho y asumido el compromiso de “[p]romover la igualdad entre los sexos y la autonomía de la mujer como medios eficaces de combatir la pobreza, el hambre y las enfermedades y de estimular un desarrollo verdaderamente sostenible”.

El derecho a la alimentación. Informe de 28 de agosto de 2003. Documento A/58/330, párrs. 13, 19 y 20. En la Declaración del Milenio, los gobiernos se comprometieron a “[p]romover la igualdad entre los sexos y la autonomía de la mujer como medios eficaces de combatir la pobreza, el hambre y las enfermedades y de estimular un desarrollo verdaderamente sostenible” (punto 20).

³⁰⁴Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler. *El derecho a la alimentación*. Informe de 28 de agosto de 2003. Documento A/58/330, párr. 25.

³⁰⁵Ibíd., párr. 21.

³⁰⁶Cfr. Asamblea General de las Naciones Unidas. *El derecho a la alimentación*. Resoluciones 60/165 de 2 de marzo de 2006 y 59/202 de 31 de marzo de 2005. Documentos A/RES/60/165, punto 5 y A/RES/59/202, punto 7, respectivamente.

4.4 El derecho al agua

4.4.1 Concepto, fuentes relevantes y relación con otros derechos

El derecho al agua carece de un reconocimiento legal autónomo en tratados internacionales de derechos humanos³⁰⁷. No obstante, el Comité DESC destinó su Observación General No. 15 al análisis de este derecho³⁰⁸. Lo que se dirá a continuación tiene como base ese trascendente documento.

La Observación General No. 15 establece que el derecho al agua es “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”.

Este derecho se deriva de los derechos a un nivel de vida adecuado, a la alimentación, a la vivienda y a la salud, dada la conexión evidente que tiene con los bienes resguardados por tales prerrogativas. De aquí que pueda considerársele reconocido por aquellos instrumentos que recepten tales derechos, como el PIDESC –artículos 11 y 12–, o el PSS –artículos 10 y 12–.

En particular, cabe señalar que el derecho a un nivel de vida adecuado es incluyente de otros; los mismos están señalados en el artículo 11 del PIDESC, en una enumeración no taxativa, hecho que permite incluir el acceso al agua en la misma. Esto parece lógico, ya que este elemento, en palabras del Comité DESC, es “una de las condiciones fundamentales para la supervivencia” y debe considerarse también en conjunto con

³⁰⁷ Si bien en algunos casos hay un reconocimiento legal expreso, el mismo no está acompañado del carácter de autonomía, sino que se incluye el acceso al agua como elemento integrante de otro derecho. Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24) lo trata en conexión con el derecho a la salud y la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer lo menciona en relación al derecho a gozar de condiciones de vida adecuada (artículo 14.2.h)).

³⁰⁸ “Observación General No 15...”

otros, como el derecho a la vida y a la dignidad humana (párr. 2).

En cuanto a su vínculo con el derecho a la salud y la alimentación, el Comité DESC caracteriza al agua como un “recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud”, “indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud”. En este sentido, colige que “debería darse prioridad a los recursos hídricos necesarios para evitar el hambre y las enfermedades, así como para cumplir las obligaciones fundamentales que entraña cada uno de los derechos del [PIDESC]” y destaca la necesidad de tomar medidas para garantizar la higiene ambiental como aspecto del derecho a la salud. La calidad del agua debe ser tal que “[no] conten[ga] microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas” (párrs. 1, 3, 6, 8, 12 y 52).

Por otra parte, la Observación General No. 15 establece que, si bien el derecho al agua se relaciona con varios otros, –como el derecho al trabajo, o a participar en la vida cultural–, debe darse prioridad a sus fines personales y domésticos (párr. 6).

4.4.2 Elementos esenciales y obligaciones básicas

El derecho al agua conlleva la libertad de las personas de mantener un suministro de agua sin injerencias o restricciones ilegítimas y a que exista un sistema de abastecimiento que posibilite el acceso adecuado de las personas al elemento en condiciones de igualdad. Si bien lo “adecuado” es variable de acuerdo a las circunstancias, siempre deberá tratarse al agua como un bien social y cultural –no solo económico– y velar por su uso sostenible. Además, este carácter implica siempre ciertos factores: disponibilidad, calidad y accesibilidad (párrs. 10, 11 y 12).

La disponibilidad consiste en el acceso suficiente y continuo de agua para las necesidades personales y domésticas, incluyendo la preparación de alimentos, y la higiene personal

y doméstica. La calidad adecuada, por su parte, requiere salubridad y olor, color y sabor aceptable. En cuanto a la accesibilidad, la misma implica que todos los sectores de la población cuenten con la posibilidad económica de acceder al agua, así como que los servicios e instalaciones de agua estén físicamente a su alcance, de un modo seguro, en el hogar o en los lugares de trabajo o educación, o en sus cercanías inmediatas. Este factor también requiere que no haya discriminación ilegítima, de hecho o de derecho, en relación a las posibilidades de acceder a los mencionados servicios e instalaciones, así como que las personas puedan recibir, solicitar y difundir información sobre el agua (párr. 12).

En cuanto a las obligaciones de los Estados, son las mismas que aplican para otros derechos humanos. Así, la obligación de respeto requiere para su cumplimiento “que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el ejercicio del derecho al agua”. El deber de protección “exige que los Estados Partes impidan a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua”. En relación a la obligación de cumplir, ella requiere “que los Estados Partes adopten las medidas necesarias para el pleno ejercicio del derecho al agua”. Esto último conlleva que los Estados “ha[gan] efectivo [...] el derecho en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con los medios a su disposición “(de garantizar o proporcionar) y que adopten medidas “que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a ejercer el derecho” (facilitar) y que tiendan a lograr la difusión de información adecuada en relación al agua (promover) (párrs. 21, 22, 25 y 26).

No obstante, cabe considerar de vital importancia la obligación especial de los Estados de “facilitar agua y garantizar el suministro necesario de agua a quienes no disponen de medios suficientes, así como de impedir toda discriminación basada en motivos sobre los que internacionalmente pesen

prohibiciones en el suministro de agua y los servicios de abastecimiento de agua”.

En aras a garantizar un nivel mínimo de satisfacción del derecho de acceso al agua, existen ciertas obligaciones básicas con efecto inmediato. De acuerdo a la doctrina del Comité DESC, además de las mencionadas en el párrafo anterior, las mismas son: garantizar el acceso físico a servicios e instalaciones de agua; adoptar de modo periódico, transparente y participativo una estrategia y plan de acción nacionales; vigilar el grado de realización del derecho y velar por una distribución equitativa de las instalaciones y servicios de agua disponibles, la seguridad personal cuando las personas acuden a obtener agua, y un acceso adecuado a servicios de saneamiento, a fin de evitar enfermedades (párr 37).

Teniendo en cuenta estos deberes puede tenerse una idea de en qué casos un Estado viola este derecho. Algunos ejemplos son: no adoptar medidas –inclusive legislativas– tendientes a la satisfacción del derecho, adoptar otras incompatibles con él o revocar la legislación necesaria para su goce. Otras posibilidades de vulneración son el aumento desproporcionado del precio del agua, la contaminación de los recursos hídricos o la tolerancia de tal hecho, la no adopción de una política nacional en la materia, la falta de vigilancia del grado de satisfacción de derecho o no lograr que todas las personas disfruten del derecho al agua en el nivel mínimo indispensable (párrs 42, 43 y 44).

4.5 Derecho a la vivienda

El derecho a la vivienda se encuentra reconocido en los principales instrumentos internacionales, universales y regionales, que reconocen de modo general derechos humanos y DESC. De este modo, el derecho está enunciado en la DUDH, en su artículo 25; en el PIDESC, en el artículo 11 de tal instrumento; en la DADD, en su disposición número XI y en la CADH, en su artículo 26 interpretado a la luz del

artículo 34 k) de la Carta de la OEA. Las normas mencionadas reconocen este derecho como parte de uno más amplio a un nivel de vida adecuado. Así, el artículo 25 de la DUDH dice “[t]oda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia la salud y el bienestar, y en especial [...] la vivienda”. Una redacción similar tiene la norma pertinente del PIDESC, cuyo texto reza “[l]os Estados Partes [...] reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso [...] vestido y vivienda adecuados”. La DADD, por su parte hace más énfasis en la conexión entre este derecho y el derecho a la salud. Bajo el título “Derecho a la preservación de la salud y el bienestar” enuncia que “[t]oda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a [...] la vivienda”. En cuanto a la CADH, debe señalarse que el artículo 34 k) de la Carta de la OEA exhorta a los Estados, en aras de lograr determinados objetivos esenciales para el desarrollo integral a “dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...] k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población”.

Las normas pertinentes no contienen mayor especificación sobre qué debe entenderse incluido dentro del contenido del derecho a la vivienda. Señalan sí la necesidad de su satisfacción para el goce de los derechos a un nivel de vida adecuado y a la salud, y también la necesidad de que la vivienda sea “adecuada”. La indeterminación de estas normas, así como de otras, ha sido mitigada, al menos en parte, por la doctrina de organismos internacionales. En este sentido, son particularmente relevantes las Observaciones Generales No 4 y 7 del Comité DESC, que se dedican de un modo específico y sistemático a la cuestión.

4.5.1 Elementos esenciales

El Comité DESC, en su Observación General No. 4 sobre el derecho a la vivienda adecuada, entiende al derecho como aquel a “vivir con seguridad, paz y dignidad en alguna parte”

(párr. 7) y señala que el carácter de “adecuada” adjetivo a la vivienda, “significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable” (párr. 7).

Lo dicho no soluciona los problemas de indeterminación ya que los elementos que de acuerdo al Comité forman parte del contenido del derecho –espacio, seguridad, iluminación, etc.– también están matizados por los adjetivos “adecuado” y “razonable”. El mismo órgano reconoce esto, explicando que “[a]un cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole [...] es posible identificar algunos aspectos [...] que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado” (párr. 8). Entre ellos se encuentran: seguridad jurídica de la tenencia, disponibilidad de servicios materiales, facilidades e infraestructura, gastos soportables, habitabilidad, asequibilidad³⁰⁹, ubicación que permita acceso a servicios sociales y adecuación cultural (párr. 8).

Podemos dividir los elementos mencionados en tres grupos: aquellos que tienen que ver con la vivienda desde un punto de vista material, aquellos que se relacionan con aspectos económicos pertinentes al goce del derecho y, finalmente, los que se vinculan con los requisitos jurídicos o legales del mismo. Reseñaremos los mismos a continuación, también de acuerdo a la doctrina del Comité DESC (párr. 8).

En el primer sentido, la vivienda debe tener una infraestructura que sea segura físicamente para sus habitantes,

³⁰⁹De acuerdo al Relator Especial de Naciones Unidas en la temática, la privatización de tierras y de servicios como el agua son hechos que frecuentemente van en desmedro de la asequibilidad de la vivienda, perjudicando mayormente a hogares encabezados por mujeres. *La mujer y la vivienda adecuada*, Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Sr. Miloon Kothari, de 27 de febrero de 2006. Documento de Naciones Unidas E/CN.4/2006/118, párr. 54.

que presente espacio suficiente para todos ellos, protegiéndoles de factores tales como el frío, el viento, la lluvia u otras amenazas para la salud. Asimismo debe detentar ciertos servicios indispensables, como acceso al agua y a la energía, alumbrado, instalaciones sanitarias y de aseo e instalaciones de eliminación de desechos, entre otras. El modo en que se construye la vivienda debe también permitir la expresión de la identidad cultural. Finalmente, la vivienda debe encontrarse en lugares aptos ambientalmente –no contaminados– y que permitan el acceso de sus habitantes a escuelas, centros de salud, empleos, etc. Este último factor debe apreciarse en relación con los costos financieros y tiempo en el transporte.

En relación al aspecto económico, los costos del acceso a la vivienda y de su manutención deben ser razonables y soportables por sus habitantes, en relación a sus ingresos, de modo tal que no impidan la satisfacción de otras necesidades básicas.

Por último, es imprescindible para la satisfacción del derecho que las personas detenten seguridad jurídica en la tenencia de la vivienda, cualquiera que haya sido el título por el que accedieron a la misma, incluyendo la ocupación de tierra o propiedad. “A este aspecto, el Comité considera que las instancias de desahucios forzados son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto y sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional”³¹⁰. Debe aclararse que por desalojo forzoso debe entenderse “el hecho de hacer salir a las personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente

³¹⁰ Comité DESC. *Observación General No. 4. El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1 del artículo 11 del Pacto)*. 6º período de sesiones. Documento E/1992/23, párr. 18. En forma coincidente se ha pronunciado el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la vivienda adecuada (Cfr. Informe del Sr. Miloon Kothari, Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, de 14 de marzo de 2006. Documento de Naciones Unidas E/CN.4/2006/41, párr. 31).

o provisional, sin ofrecerles medios adecuados de protección legal o de otra índole, ni permitirles su acceso a ellos”. Así lo especifica el Comité DESC en la Observación General No. 7, párrafo 3. La misma Observación General especifica también que no se consideran prohibidos aquellos desalojos efectuados por causas legales –por ejemplo, la falta de pago del alquiler por tiempo prolongado– y de un modo compatible con los instrumentos de derechos humanos. Esto quiere decir, que la causa que posibilite el desalojo debe estar especificada con detalle en la ley y debe ser compatible con los objetivos y propósitos de los instrumentos de derechos humanos y atender a los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad. Además, dado que, como en relación a cualquier otro derecho, los Estados deben garantizar la protección judicial del derecho a la vivienda, deberá existir la posibilidad de un proceso legal –con las debidas garantías–, previo al desalojo en el que pueda discutirse la procedencia del mismo.

4.5.2 Interrelación con otros derechos

El derecho a la vivienda dependerá, para su pleno ejercicio, de muchos otros derechos fundamentales. Sin pretender excluir otras posibilidades que pudieran presentarse de acuerdo a circunstancias particulares, es dable destacar que, frecuentemente, el derecho a la vivienda se relacionará con los derechos al trabajo, a la igualdad, a las libertades de asociación y expresión³¹¹, a un ambiente sano, y a la protección de la vida privada, de la correspondencia y de la familia³¹². A su vez, la

³¹¹ El Comité DESC ejemplifica la relación de estos derechos con el derecho a la vivienda en el caso de agrupaciones de inquilinos (Cfr. *Observación General No. 4. El derecho a una vivienda adecuada*, párr. 1 del artículo 11 del Pacto. 6° período de sesiones. Documento E/1992/23, párr. 9).

³¹² Cfr. Comité DESC. *Observación General No. 4. El derecho a una vivienda adecuada* (párr. 1 del artículo 11 del Pacto). 6° período de sesiones. Documento E/1992/23, párrs. 8 y 9 y *Observación General No. 7. El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos* (párr. 1 del artículo 11 del Pacto). 16° período de sesiones. Documento E/1998/22, párrs. 8 y 14.

vulneración del derecho a la vivienda puede afectar a estos o a otros derechos humanos, tales como los derechos a la vida, a la seguridad personal, o a la propiedad³¹³.

4.5.3 Obligaciones básicas

De acuerdo al entonces Relator Especial de Naciones Unidas sobre la vivienda adecuada, Sr. Rajindar Sachar, el derecho a la vivienda no implica que se exija a los Estados vivienda para toda la población, o que deban suministrarla gratuitamente a todo aquel que lo solicite; aunque advierte que sobre esto “hay que formular reservas [...] respecto de los grupos más desfavorecidos, como son las personas sin hogar, los impedidos, las víctimas de disturbios o luchas étnicas, desastres de origen humano o naturales u otros grupos incapaces de obtener sus derechos a la vivienda por cuenta propia”³¹⁴. El derecho sí implica que los Estados tratarán por todos los medios apropiados posibles de garantizar a todos y todas el acceso a la vivienda y “que se pueda exigir o pedir a la sociedad que suministre o facilite el acceso a los recursos de vivienda si una persona carece de hogar o su vivienda es inadecuada o, en general, es incapaz de conseguir todos los derechos vinculados implícitamente al derecho a la vivienda”³¹⁵.

³¹³ Comité DESC. *Observación General No. 7. El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos (párr. 1 del artículo 11 del Pacto)*. 16º período de sesiones. Documento E/1998/22, párr. 5. En este sentido, la CIDH ha destacado la importancia que para el derecho a la salud tuvo cierta legislación que creaba un fondo social para la vivienda (Cfr. Informe anual de 1973. Parte I: Algunas normas constitucionales, legales o Administrativas y Decisiones Judiciales que Importan Progresos en la Consecución de los Objetivos Señalados por la Declaración Americano. Punto 5: Derecho a la Preservación de la Salud y el Bienestar (Art. XI). OEA/Ser.L/V/II.32 doc. 3 rev. 2. 14 febrero 1974).

³¹⁴ Relator Especial de Naciones Unidas sobre la vivienda adecuada, Sr. Rajindar Sachar. *El derecho a la vivienda*. Informe final de 12 de julio de 1995. Documento de Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1995/12, párr. 11. Como fácil se observa, la doctrina expresada por el Relator coincide con la manifestada por el Comité DESC –ya explicada en este trabajo– sobre el deber de “cumplir” en su faz de “proporcionar”.

³¹⁵ *Ibíd.*, párr. 12.

Si bien los Estados tienen un margen de discrecionalidad para elegir el modo de hacer lo conducente a efectos de dar plena satisfacción a los derechos, el Comité DESC, en sus Observaciones Generales No. 4 y 7, marcó que, en relación al derecho a la vivienda, algunas medidas parecerían, en la mayor parte de los casos, ineludibles: la adopción de una estrategia nacional de vivienda que contemple la consulta a las personas afectadas y la coordinación de autoridades gubernamentales que se ocupen de áreas conexas (energía, medio ambiente, etc.), la utilización de recursos provenientes del sector privado, promulgar legislación contra los desalojos forzosos y abstenerse de realizarlos. Esto debe entenderse sin perjuicio de otras obligaciones estatales cuya conceptualización general –aplicable al derecho a la vivienda– ya se ha realizado. Asimismo, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la vivienda adecuada, ha enfatizado la necesidad de que, en aras a la satisfacción del derecho, los Estados adopten medidas para evitar la especulación inmobiliaria, la concentración de las tierras y propiedades, promover precios accesibles de rentas e invertir en vivienda social, entre otras³¹⁶.

En casos de desalojos legales, de acuerdo a la doctrina del Comité DESC y según lo apunta en su Observación General No. 7, los Estados deberían evitar “que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a otras violaciones a derechos humanos”. En este sentido cabe citar un caso en que la CIDH dictó medidas cautelares a efectos de que se garantice albergue adecuado y condiciones necesarias para la subsistencia a personas –niñas y adultas– que habían sido desalojadas por la fuerza por el gobierno en condiciones que amenazaban su salud e integridad personal³¹⁷.

³¹⁶ Informe del Sr. Miloon Kothari, Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, de 14 de marzo de 2006. Documento de Naciones Unidas E/CN.4/2006/41, párr. 29.

³¹⁷ Cfr. Medidas Cautelares a favor de 63 niños y niñas y más de 50 adultos en el municipio de Bello, Antioquia, el 5 de marzo de 2004 (Colombia).

Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Comité DESC dice que el Estado Parte deberá adoptar todas las disposiciones necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda”. Los Estados tienen la obligación de proporcionar directamente el derecho –en este caso la vivienda– a quienes se vieren impedidos de hacerlo por sí mismos: pese a la eventual ilegalidad de la ocupación de un bien estatal, el Estado no podría desligarse del cumplimiento de esta obligación; por ello, si no tuviere recursos o se viere impedido, por cualquier otro motivo, de procurar una vivienda a quienes va a desalojar, debería abstenerse de efectuar el desalojo. El ejercicio del derecho de propiedad del Estado, aun necesario para cumplir funciones públicas, no puede prevalecer sobre el respeto a los derechos humanos. En otras palabras, el Estado no puede cumplir sus fines valiéndose para ello de la privación de bienes tutelados por derechos fundamentales.

4.5.4 Grupos en situación de vulnerabilidad

El Comité DESC señala, en sus Observaciones Generales No. 4 y 7, que como ocurre respecto a otros derechos, los Estados deben, en relación a las políticas tendientes a satisfacer el derecho a la vivienda, dar prioridad a grupos en condiciones desfavorables. Así, el Relator Especial de Naciones Unidas para la vivienda adecuada ha llamado la atención sobre las fallas de los Estados, a nivel mundial, en financiar y asegurar vivienda adecuada para las personas pobres, y ha dicho que debería ser posible reestructurar los sistemas financieros respectivos a efectos de revertir esta situación³¹⁸. Asimismo, ha explicado la

El caso pone de manifiesto la vinculación entre el derecho a la vivienda y el derecho a la salud.

³¹⁸ Cfr. Informe del Sr. Miloon Kothari, Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, de 14 de marzo de 2006. Documento de Naciones Unidas E/CN.4/2006/41, párr. 29.

importancia que la vivienda tiene para los niños y niñas, ya que es uno de los factores fundamentales para su desarrollo físico y emocional, para la confianza en si mismos y su identidad. Del mismo modo, es esencial para el goce de sus derechos a la salud, a la educación y la protección contra los abusos económicos³¹⁹.

Particular atención debe darse a la situación de las mujeres en relación al goce del derecho a la vivienda. Especialmente algunos grupos de ellas corren mayor riesgo de carecer de vivienda o detentarla de modo inadecuado. Entre ellos pueden identificarse los de las mujeres viudas o divorciadas, las jefas de hogar, las indígenas o pertenecientes a tribus, las víctimas de violencia doméstica, aquellas que hayan sido separadas de sus hijos menores de edad, las empleadas domésticas, las trabajadoras del sexo, las refugiadas y las lesbianas o las transexuales³²⁰. Entre los factores que generan –y, en su caso, acrecientan– la situación de vulnerabilidad de las mujeres pertenecientes a estos grupos se encuentra la “discriminación múltiple”, es decir, aquella producida en razón del género y, además, de otros factores tales como pobreza, edad, pertenencia a determinado grupo étnico, etc.³²¹ A efectos de revertir esta situación, los Estados deben tomar medidas. Son particularmente relevantes, sin perjuicio de otras, aquellas tendientes a revertir tradiciones, prácticas o costumbres que discriminan a la mujer en relación al acceso a la tierra,

³¹⁹ Relator Especial de Naciones Unidas sobre la vivienda adecuada, Sr. Rajindar Sachar. *El derecho a la vivienda*. Informe final de 12 de julio de 1995. Documento de Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1995/12, párr. 50.

³²⁰ Cfr. *La mujer y la vivienda adecuada* Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Sr. Miloon Kothari, de 27 de febrero de 2006. Documento de Naciones Unidas E/CN.4/2006/118, párr. 30.

³²¹ *La mujer y la vivienda adecuada*, Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Sr. Miloon Kothari, de 27 de febrero de 2006. Documento de Naciones Unidas E/CN.4/2006/118, párrs. 29 y 47 a 54.

propiedad y vivienda y a adecuar la legislación en el mismo sentido³²².

4.6 Derecho al Trabajo y Derechos en el Trabajo

4.6.1 Fuentes relevantes

“El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar”³²³.

Actualmente recogido en diferentes instrumentos³²⁴ internacionales, regionales y nacionales, ya en 1919 se perfilaba

³²² La Comisión de Derechos Humanos de la ONU ha “insta[do] a los Estados a que preparen legislación y revisen las leyes existentes para velar por que la mujer disfrute de plena igualdad de derechos en materia de propiedad de la tierra y otros bienes y del derecho a una vivienda adecuada, en particular mediante derechos sucesorios, y a que emprendan reformas administrativas y adopten otras medidas necesarias para dar a la mujer los mismos derechos de que disfruta el hombre en materia de crédito, capital, tecnologías apropiadas, acceso a mercados e información; [y alentado] a los gobiernos a que apoyen la transformación de las costumbres y tradiciones que discriminan contra la mujer y que le niegan la seguridad de tenencia en materia de propiedad, acceso y control de la tierra y la igualdad de derechos a la propiedad y a una vivienda adecuada, y aseguren el derecho de las mujeres a un tratamiento igual en los programas de reforma agraria, así como en los planes de reasentamiento y en lo relativo a la propiedad de bienes y la vivienda adecuada, y a que tomen otras medidas para incrementar el acceso a la tierra y la vivienda de las mujeres que viven en situación de pobreza, en particular las que son cabeza de familia, entre otras cosas mediante el acceso a los subsidios para vivienda (Cfr. Comisión de Derechos Humanos de la ONU. *La igualdad de las mujeres en materia de propiedad, acceso y control de la tierra y la igualdad de derechos a la propiedad y a una vivienda adecuada*. Resolución 2005/25, de 15 de abril de 2005. Documento de Naciones Unidas E/CN.4/RES/2005/25, artículos 4 y 5).

³²³ Art. 45. b) de la Carta de la OEA

³²⁴ Artículos 23 y 24 de la DUDH, artículos XIV y XV de la DADD, artículo 8.3 del PIDCP, Art. 5.e)i) de la Convención contra la Eliminación de todas Formas de Discriminación Racial, Art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de Discriminación Contra la Mujer, Art. 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 11, 25,

la necesidad de regular y otorgar protección a tales derechos, como así queda reflejado en el artículo 45 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT):

Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas;

Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países

En la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento se declara:

26, 40, 52 y 54 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, artículo 6 y 7 del Protocolo de San Salvador. Además, como se verá, en cuanto a la legislación internacional en materia de derecho laboral, destaca el amplio número de documentos elaborados por la OIT, así, los Convenios número 100, 122, 111, 142, 87, 98, 29, 105, 138, todos ellos reguladores de diferentes aspectos del derecho al trabajo, como por ejemplo discriminación, igualdad de remuneración y prohibición de trabajo forzado.

2. [...] que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

- (a) a libertad de asociación³²⁵ y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- (b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio³²⁶;
- (c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y
- (d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación³²⁷.

El derecho al trabajo, por tanto, se ha ido elaborando de manera complementaria a través de la legislación internacional en materia de trabajo, principalmente desarrollada por la OIT³²⁸, y por la regulación internacional de los derechos

³²⁵De acuerdo con la CADH, en su Art. 16, la libertad de asociación sólo puede estar sujeta a restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, y que se establezcan en interés de la seguridad nacional, del orden público, de la salud o de la moral públicas o de los derechos o libertades de los demás.

³²⁶En el Convenio 105 de la OIT sobre la abolición del trabajo forzoso, de 1957, se estableció en el Art. 1 la obligación de suprimir y no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas, previamente se estableció el Convenio 29 de 1930, sobre el trabajo forzoso.

³²⁷El principio de no discriminación es uno de los núcleos básicos o esenciales de la protección del derecho al trabajo, el cual debe garantizarse siempre sin posibilidad de excepción. En el caso de Cuba, por ejemplo, en su informe de 1983, la Comisión destacó negativamente que en una economía en la que el Estado es básicamente el único empleador la discriminación en el empleo es un mecanismo fácil de aplicar.

³²⁸Entre otros documentos la OIT ha elaborado más de 180 Convenios y más de 190 recomendaciones relativos a diferentes aspectos relacionados con el derecho al trabajo y el derecho laboral. Para más información

humanos. En este sentido, podría equipararse por ejemplo al desarrollo del derecho a la salud, con una vertiente puramente de derecho internacional de los derechos humanos y otra más técnica desarrollada por la OMS. Sin embargo, a pesar de que el derecho al trabajo es aparentemente uno de los DESC más desarrollados, debido a la aparición de entidades de jurisprudencia doméstica³²⁹ que se han encargado de ello, este desarrollo corresponde más a un desarrollo de legislación laboral que a uno de la protección del derecho al trabajo en sí como derecho humano³³⁰, sin perjuicio de la incidencia que el primero tenga sobre el segundo.

El derecho al trabajo no está puramente limitado a un entendimiento del mismo como la garantía de acceso a ingresos, sino también como valor humano, como medio de realización personal y desarrollo de la personalidad y dignidad humanas, y como una necesidad social. El derecho al trabajo está así, en su vertiente social, ligada al desarrollo de los pueblos, al fortalecimiento de las democracias y al mejoramiento de las condiciones de vida de todos los individuos en general. Así, “[e]l trabajo decente, tal como es concebido por los mandantes de la OIT, es el instrumento más efectivo del mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos de nuestro Hemisferio y de su participación en los frutos del progreso material y humano. [...] [E]l trabajo decente es condición del desarrollo sostenible de cada uno de nuestros países y del éxito de la integración económica hemisférica”, según quedó establecido en la Declaración de El Salvador.

se puede acceder a la página web de la organización donde se pueden acceder a esos documentos, www.oit.org.

³²⁹ P. Alston, “The Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, en: P. Alston (ed.), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, 1992, pp. 473-508, p. 490; en Asbjørn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, página 225.

³³⁰ Asbjørn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 225.

Además de ello, “la promoción y el fortalecimiento de la democracia requieren el ejercicio pleno y eficaz de los derechos de los trabajadores y la aplicación de normas laborales básicas, tal como están consagradas en la Declaración de la [...] (OIT) sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, adoptada en 1998, así como en otras convenciones básicas afines de la OIT. La democracia se fortalece con el mejoramiento de las condiciones laborales, la estabilidad laboral y la calidad de vida de los trabajadores del Hemisferio”, Art. 10 de la Carta Democrática Interamericana.

Por lo anterior, el derecho al trabajo se constituye como un derecho de incidencia no solo individual, sino también social ya que el ejercicio de este derecho genera recursos dentro de las sociedades³³¹ y con ello el enriquecimiento de las mismas. En este sentido, las políticas que fomentan el crecimiento económico y la creación de empleo “ofrecen una mejor protección contra los efectos nefastos del desempleo involuntario”³³², y ello con base en la protección misma de este derecho, la cual se asienta en el principio de que el respeto al derecho al trabajo impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas dirigidas al **logro del pleno empleo**, según consta en la Observación General No. 18 del Comité DESC.

³³¹ Convenio N° 168 de la OIT, adoptado el 21 de junio de 1988 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su septuagésima quinta reunión, preámbulo.

³³² Convenio N° 168 de la OIT, adoptado el 21 de junio de 1988 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su septuagésima quinta reunión, preámbulo. El impacto social del derecho al trabajo tiene su vertiente negativa. Esto es, la no garantía de este derecho repercute negativamente y de maneras muy diversas en el conjunto de la sociedad, así por ejemplo, “[e]n muchos lugares el aumento del desempleo, el deterioro de las condiciones de trabajo y la reducción del poder adquisitivo de los salarios han contribuido a la profundización de las desigualdades sociales y de género”, como queda establecido en la Declaración de Salvador, supra.

El artículo 6³³³ del PIDESC es el que más ampliamente trata el derecho al trabajo³³⁴. En él se define el derecho al trabajo como “la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”. Complementando este derecho, el artículo 7³³⁵ establece las condiciones de

³³³ Artículo 6:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

³³⁴ El artículo 6 debe ser analizado tomando en cuenta los artículos 7 y 8, los cuales son interdependientes. Comité DESC, Observación General N° 18, aprobada el 24 de noviembre de 2005, artículo 6 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: E/C.12/GC/18, de 6 de febrero de 2006, párr. 8.

³³⁵ Artículo 7:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;

b) La seguridad y la higiene en el trabajo;

c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;

d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

trabajo que garantizan el mínimo en el disfrute del mismo, además, el artículo 8³³⁶ presenta una dimensión colectiva del mismo, a través del derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a los mismos.

4.6.2 Interrelación con otros derechos

Al igual que los demás DESC analizados aquí, el derecho al trabajo es un derecho con incidencia en otros derechos, ya que se presenta como condicionante de la consecución de una vida digna³³⁷ y que depende en igual medida de la garantía de otros

³³⁶ Artículo 8:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

³³⁷ Comité DESC, Observación General N° 18, aprobada el 24 de noviembre de 2005, artículo 6 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: E/C.12/GC/18, de 6 de febrero de 2006, párr. 1. En este

derechos, como por ejemplo la educación, cuya denegación produce la falta de calificación profesional que a su vez impide el acceso a un trabajo digno, esto es, exponiendo “a segmentos de la población a formas intolerables de trabajo”³³⁸. Así, “la igualdad en las oportunidades de trabajo exige una igualdad en las posibilidades de prepararse para el trabajo a través de la educación y la capacitación. [...] [E]s mayor el porcentaje de mujeres con respecto a hombres que nunca asiste a la escuela o que tiene menos de tres años de escolaridad y mayor el porcentaje de mujeres analfabetas. Estos bajos niveles de educación, sumados a otros factores de exclusión, se traduce en un menor acceso a oportunidades en los campos laboral y económico”³³⁹.

La CIDH estableció al respecto que “[e]l derecho al trabajo es un derecho humano de muy especial relevancia que atañe al disfrute de muchos otros derechos. Al respecto, debe señalarse que el derecho al trabajo es el primero de los derechos a que se refiere el Protocolo de San Salvador”³⁴⁰.

La falta de opciones para acceder a un trabajo digno, por la causa que fuere, genera situaciones que influyen negativamente otros derechos esenciales de todo ser humano. A modo de ejemplo, cabe señalar las condiciones de vida que sufren los trabajadores haitianos en República Dominicana, los cuales, de acuerdo a lo establecido en el Informe de la Comisión, viven en enclaves específicos para ellos, en condiciones deplorables, viéndose gravemente afectados

sentido, en el mismo documento el Comité señaló que “el respeto a la persona y su dignidad se expresa a través de la libertad del individuo para elegir un trabajo, haciendo hincapié al tiempo en la importancia del trabajo para el desarrollo personal, así como para la integración social y económica”, párr. 4.

³³⁸ Declaración de El Salvador, XIII Conferencia Interamericana de Ministros de Trabajo, 24-26 de septiembre de 2003. OEA/Ser.K/XII.13. 1 TRABAJO/doc.3/03 rev. 4, de 26 de septiembre de 2003, párr. 16.

³³⁹ CIDH, Informe sobre Guatemala 2001, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 21 rev, de 6 de abril de 2001, capítulo XIIa, párr. 28.

³⁴⁰ CIDH, Informe sobre Paraguay, 2001, OEA/Ser. L/VII. 110, Doc. 52, de 9 de marzo de 2001, capítulo V, párr. 34.

sus derechos a la salud y a una vivienda digna³⁴¹. En este sentido, la CIDH estableció que “las condiciones de trabajo, vivienda, salud, educación y seguridad de los trabajadores y sus familias son responsabilidad directa del Estado”, ya que estos trabajadores trabajan para el Estado y residen en propiedades del Estado.

En cuanto a la libertad sindical y el derecho a huelga, cabe destacar el hecho de que ciertos órganos internacionales de protección de los derechos humanos han protegido dicho derecho a través de los derechos de reunión y asociación, correspondientes a la categoría de derechos civiles y políticos. Así, en el caso *Baena Ricardo y otros*, 270 empleados públicos habían sido destituidos de sus cargos por haber participado en una manifestación para reclamar asuntos laborales, alegando que fue realizada contra la democracia y el orden constitucional. La CIDH alegó la aplicabilidad del Protocolo de San Salvador en dicho caso, por haber afectado el Estado el derecho a la libertad de asociación sindical de esas personas, al haber aplicado una ley teniendo efectos retroactivos, la cual regulaba el despido de esos trabajadores por actuación contra el orden público. Sin embargo, la Corte IDH no aplicó el Protocolo ya que al momento de los hechos el Estado no lo había ratificado, sino que analizó el mismo a través del Art. 15 de la CADH, derecho de reunión y Art. 16, derecho de asociación. La Corte determinó que no se había violado el derecho de reunión ya que los trabajadores no se vieron impedidos a reunirse ni a realizar la marcha (manifestación)³⁴². En cuanto al análisis de la libertad de asociación, la Corte declaró que debía realizarse conjuntamente con el análisis de la libertad sindical (párr. 156), estableciendo que:

³⁴¹ Informe de la CIDH sobre República Dominicana 1999, párrs. 343, 344 y 345.

³⁴² La Corte IDH estableció en este punto que “la marcha [es] una expresión clara del derecho [de reunión]” (párr. 149). Esto circunscribe el derecho a manifestarse dentro del derecho a reunirse del Art. 15 de la CADH.

La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.

Más aún, reconoce “que la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el corpus juris de los derechos humanos”³⁴³, comprendiendo “el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incisos 2 y 3 de [I] [Art.16 de la CADH] y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse. El Protocolo de San Salvador de 17 de noviembre de 1988, en su artículo 8.3, recoge la misma idea y precisa que, en materia sindical, “[n]adie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato”³⁴⁴. En base a esta protección, la Corte IDH estimó que el Estado pretendía “la desvinculación masiva de dirigentes sindicales y de trabajadores del sector”, lo cual limitaba las posibilidades de acción de los grupos sindicales del sector público, y declaró que “se afectó gravemente la organización y la actividad de los sindicatos que agrupaban a los trabajadores, y se vulneró la libertad de asociación sindical”. De esta manera, los derechos sindicales quedaron protegidos a través de la aplicación de la CADH y, más concretamente, el análisis de la libertad de asociación, esto es, un derecho que entra dentro de la categoría de derechos civiles y políticos.

³⁴³Supra, Párr. 158.

³⁴⁴Supra, Párr. 159.

La Corte IDH se pronunció nuevamente sobre la relación entre los derechos sindicales y la libertad de asociación en el Caso *Huilca Tecse* contra Perú, relacionado con la ejecución extrajudicial de un importante líder sindical³⁴⁵. El Tribunal consideró que dicha ejecución, en el contexto de violencia sociopolítica que le rodeaba, no restringía sólo la libertad de asociación de un individuo, sino también el derecho y la libertad de determinado grupo a asociarse libremente, sin miedo o temor. Por ello, se afectaban las dos dimensiones de la libertad de asociación (párr. 69):

En su dimensión individual, la libertad de asociación, en materia laboral, no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad. Cuando la Convención proclama que la libertad de asociación comprende el derecho de asociarse libremente con fines “de cualquier [...] índole”, está subrayando que la libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga. De ahí la importancia de la adecuación con la Convención del régimen legal aplicable a los sindicatos y de las acciones del Estado, o que ocurran con tolerancia de éste, que pudieran hacer inoperante este derecho en la práctica.

En su dimensión social la libertad de asociación es un medio que permite a los integrantes de un grupo o colectividad laboral alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos.

Las dos dimensiones mencionadas [...] de la libertad de asociación deben ser garantizadas simultáneamente, sin

³⁴⁵Corte IDH. *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 03 de marzo de 2005. Serie C No. 121.

perjuicio de las restricciones permitidas en el inciso 2 del artículo 16 de la Convención (párrs. 70 a 72).

Posteriormente, en el caso *Cantoral Huamani y García Santa Cruz*³⁴⁶, la Corte reiteró que el derecho a la libertad sindical, incluido en el ejercicio de la libertad de asociación, se veía afectado en casos donde las violaciones a los derechos a la integridad personal o a la vida tuvieran por finalidad obstaculizar su ejercicio. La afectación se presenta no solo en relación con la víctima individual sino que abarca a la colectividad que ejerce el derecho (párrs. 147 a 149). En este sentido el Tribunal señaló que

los derechos sindicales no pueden ser ejercidos en un contexto de impunidad frente a situaciones de violencia sindical caracterizadas, *inter alia*, por ejecuciones extrajudiciales. El Estado debe garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna. De lo contrario, se podría disminuir la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses. [...] La libertad sindical sólo puede ejercerse en una situación en que se respete y garanticen plenamente los derechos humanos fundamentales, en particular los relativos a la vida y a la seguridad de la persona. Esta Corte resalta la obligación a cargo del Estado de investigar con debida diligencia y en forma efectiva los crímenes contra dirigentes sindicales, teniendo en cuenta que la no investigación de dichos hechos tiene un efecto amedrentador que impide el ejercicio libre de los derechos sindicales. Dicha debida diligencia se acentúa en contextos de violencia contra el sector sindical” (párrs. 145 y 146).

En el apartado relativo a los grupos de especial protección se hará mención, en casos específicos, a la interrelación del derecho al trabajo con otros derechos, como el derecho a la educación en referencia a los niños, y el derecho a la salud relativo a las mujeres.

³⁴⁶Caso *Cantoral Huamani y García Santa Cruz*. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167.

4.6.3 Elementos esenciales

El Comité DESC ha establecido como elementos esenciales para el ejercicio laboral aquellos que se mencionan a continuación, de los cuales algunos han sido inferidos de la práctica del Comité DESC y de la legislación o práctica judicial de los Estados, como el propio Comité DESC ha dado a entender; así el derecho al trabajo presenta como elementos esenciales³⁴⁷:

- Servicios adecuados y especializados que tengan por función ayudar y apoyar a los individuos para permitirles identificar el empleo disponible y acceder a él.
- Un mercado de trabajo accesible a todo el que esté bajo la jurisdicción del Estado, lo cual comprende el derecho a procurar, obtener y difundir información sobre los medios para dicho acceso al empleo, todo ello sin discriminación en el acceso y conservación del mismo, y con garantías de accesibilidad física al trabajo para personas con discapacidades.
- El derecho a trabajar en condiciones justas y favorables de trabajo, lo que incluye condiciones laborales seguras, derecho a constituir sindicatos y derecho a elegir y aceptar libremente un empleo.

El **derecho al trabajo** no consiste en un derecho universal y absoluto a obtener empleo o estar siempre empleado sino, como el propio enunciado contenido en el Art. 6 establece, se trata del derecho a “tener la oportunidad de ganarse la vida” pudiendo para ello elegir y aceptar libremente el trabajo. Ello implica, por un lado, no ser obligado a ejercer un trabajo sin el consentimiento³⁴⁸ y, por otro lado, a no ser privado de un

³⁴⁷Comité DESC, Observación General N° 18, párr. 12. El Comité los llama “elementos interdependientes y esenciales” y condiciona su aplicación a “las condiciones existentes en cada Estado Parte.

³⁴⁸Uno de los debates planteados por la CIDH con respecto a esto surge de la puesta en práctica de políticas de trabajo voluntario en Cuba,

trabajo injustamente. En este sentido, el Comité DESC hace mención también a la necesidad de abolir el trabajo forzado. Esto lo hace en la Observación General No. 18, párrafos 6 y 9. Sin embargo se trata éste de un derecho autónomo de carácter civil, con lo que en una situación en la que una persona es sometida a un trabajo forzado, no se violaría el derecho al trabajo de esa persona sino la prohibición de esclavitud y servidumbre³⁴⁹, todo ello sin perjuicio de los mencionado hasta ahora respecto de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos.

Además de la “oportunidad a ganarse la vida”, el derecho al trabajo lleva conexo una serie de derechos en cuanto al disfrute de condiciones equitativas y satisfactorias dentro del mismo (Art. 7 del PIDESC). Así, el derecho a una remuneración³⁵⁰ que proporcione como mínimo i) un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, ii) condiciones de existencia dignas

conforme a las cuales la constitución reconoce el “trabajo voluntario, no remunerado, realizado en beneficio de toda la sociedad [...]” a realizar durante el tiempo libre. La CIDH determinó la existencia de suficiente evidencia “de que una parte significativa de la fuerza laboral lleva a cabo este trabajo debido a la fuerte presión social ejercida por el gobierno, el Partido, la Administración de la empresa y el sindicato; además, el trabajo voluntario constituye un merito que se registra en el expediente laboral y es importante para conseguir una opción de compra de los escasos artículos de consumo duradero que se asignan a las empresas”. Concluyó que ese tipo de trabajo, “al no ser pagado y ser realizado bajo diversas formas de presión, constituye una violación de las normas constitucionales sobre remuneración y descanso”. Informe de la CIDH sobre Cuba, 1983, párrs. 30a 32.

³⁴⁹ Regulada en el Art. 4 de la DUDH, el Art. 5 de la Convención de la Esclavitud, artículo 8 del PIDCP, Art. 6 de la CADH, y los Convenios 105 y 29 de la OIT entre otros.

³⁵⁰ No especifica que tenga que ser un a remuneración económica, sin embargo así se puede entender que se desprende del derecho a obtener los medios de subsistencia para una vida digna. Así, por ejemplo, en el caso de los trabajadores haitianos del sector azucarero en República Dominicana, éstos no recibían un salario en dinero sino en vales solo canjeables en los establecimientos de la propia compañía y no en otros establecimientos, violando así el derecho de los trabajadores. Ver por ejemplo, Informe de la CIDH sobre Republica Dominicana 1999, párr. 340.

para los trabajadores y sus familias³⁵¹, a lo que se añade el derecho a la seguridad y a la higiene en el trabajo, a igual oportunidad de promoción dentro del trabajo sin tener en cuenta más factores que el tiempo de servicio y la capacidad, y por último el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a la limitación de las horas de trabajo, a vacaciones periódicas pagadas, así como a días festivos remunerados. A estos derechos el Protocolo de San Salvador añade (Art. 7) el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas³⁵² y a cambiar de empleo, y derecho a la estabilidad en sus empleos. En caso de despido injustificado, derecho a una indemnización o a la readmisión, prohibición del trabajo nocturno y a cualquier trabajo que ponga en peligro la salud, seguridad o moral de los menores de 18 años, y, además, posibilidad de asistencia escolar a los trabajadores menores de 16 años.

En la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales³⁵³ se consagran los principios básicos sociales aplicables a las personas que trabajan, así:

Artículo 2.

Considéranse como básicos en el derecho social de los países americanos los siguientes principios:

³⁵¹ El Comité DESC, en el examen del Informe presentado por El Salvador de conformidad con los artículos 16 y 17 del PIDESC, estableció como uno de los principales motivos de preocupación “el nivel insuficiente de salario mínimo, que no permite a los trabajadores y a sus familias vivir adecuadamente conforme al artículo 7 del [PIDESC]”, Comité DESC E/C.12/SLV/CO/2, de noviembre de 2006, párr. 12.

³⁵² La CIDH destacó que “la libertad de elegir el empleo se encuentra íntimamente vinculada a la vigencia práctica” del derecho de toda persona a seguir libremente su vocación. En el caso específico de Cuba, en su informe de 1983, la CIDH se refirió a la situación de este país en la que se da prioridad a las necesidades colectivas o estatales sobre la elección individual, de manera que las preferencias de los trabajadores quedan subordinadas a las exigencias de la economía y la sociedad. Ver, Informe de la CIDH sobre Cuba, 1983, supra.

³⁵³ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, 1948. La cual “tiene por objeto declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase”, Art. 1.

- a) El trabajo es una función social, goza de la protección especial del Estado y no debe considerarse como artículo de comercio.
- b) Todo trabajador debe tener la posibilidad de una existencia digna y el derecho a condiciones justas en el desarrollo de su actividad.
- c) Tanto el trabajo intelectual como el técnico y el manual, deben gozar de las garantías que consagre la legislación del trabajo, con las distinciones que provengan de las modalidades en su aplicación.
- d) A trabajo igual debe corresponder igual remuneración, cualquiera que sea el sexo, raza, credo o nacionalidad del trabajador.
- e) Los derechos consagrados a favor de los trabajadores no son renunciables y las leyes que los reconocen obligan y benefician a todos los habitantes del territorio, sean nacionales o extranjeros.

En cuanto a la **libertad sindical**³⁵⁴ (Art. 8 PIDESC), la CIDH hizo un listado-resumen³⁵⁵ de los postulados que incluyen los instrumentos vigentes de la OIT en materia de libertad sindical, así:

- a) Los trabajadores tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas;

³⁵⁴“La [CIDH] señala que el derecho a elegir y ser elegido y a organizarse sindicalmente son derechos reconocidos en la [CADH], y en la Carta Democrática Interamericana. La organización sindical libre, sin injerencias indebidas del Estado, constituye a juicio de la [CIDH] un elemento importante de cualquier sistema democrático”, párr. 521 Informe sobre Venezuela, 2003.

³⁵⁵ CIDH, *Informe sobre Venezuela*, OEA/Sr.L/V/II.118, Doc. 4 rev. 1, de 24 de octubre de 2003, capítulo VII párrs. 492 y 493.

b) Las organizaciones tienen el derecho de redactar sus estatutos, elegir libremente sus representantes³⁵⁶, organizar su administración y actividades y su programa de acción:

c) Las organizaciones laborales no están sujetas a disolución o suspensión administrativa;

d) Las organizaciones tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones y de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores;

e) Las organizaciones tienen derecho a obtener personería jurídica sin sujeción a condiciones limitativas de la libertad sindical;

f) La legislación nacional de un Estado Parte no puede limitar ni menoscabar las garantías previstas en los convenios internacionales.

g) Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra actos de discriminación que puedan afectar la libertad sindical, en particular, el despido de trabajadores por razón de su actividad sindical,

h) No deben las autoridades de los Estados Partes interferir en las actividades de los sindicatos:

i) Deben crearse organismos adecuados a las condiciones nacionales para garantizar el respeto al derecho de sindicación, así como el pleno desarrollo de procedimientos de negociación voluntaria con el objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo;

³⁵⁶ A este respecto la Comisión, en el mismo Informe, reafirmó “que la reglamentación de los procedimientos y modalidades de la elección de dirigentes sindicales debe corresponder a los estatutos sindicales y no a un órgano ajeno a las organizaciones de trabajadores. En estas condiciones, [...] solicita al Gobierno que tome medidas para modificar el artículo 293 de la Constitución de la República y la ley orgánica del Poder Electoral en lo que se refiere a su intervención en las elecciones de las organizaciones de trabajadores y que le informe en su próxima memoria sobre toda medida adoptada a este respecto.”, párr. 500.

j) Las organizaciones sindicales deberán respetar las leyes nacionales del país respectivo pero éstas no deben ser incompatibles con los principios de la libertad sindical.

k) Los trabajadores y, en especial, los dirigentes sindicales deben gozar de adecuada protección contra la discriminación o actos contrarios a su labor sindical en lo referente a empleo.

4.6.4 Obligaciones básicas

El Comité DESC sólo ha regulado de manera expresa las obligaciones básicas, u “obligaci[ones] fundamental[es] mínima[s]”, con respecto al derecho contenido en el Art. 6 del PIDESC, esto es el derecho al trabajo, pero no lo ha hecho con respecto a los derechos contenidos en los artículos 7 y 8 del mismo instrumento. De esta manera, el Comité ha establecido en la Observación General No. 18, párrafo 31, que los Estados deberán como mínimo asegurar la no discriminación y la igualdad de protección del empleo, para lo cual deberán:

- Garantizar el derecho de acceso al empleo, en especial con respecto a personas y grupos desfavorecidos y marginados, de forma que ello les permita llevar una existencia digna;
- Evitar medidas que tengan como resultado el aumento de la discriminación y del trato desigual en los sectores público y privado de las personas y grupos desfavorecidos y marginados o que debiliten los mecanismos de protección de dichas personas y grupos;

- Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales de empleo sobre la base de las preocupaciones del conjunto de los trabajadores, lo que debe incluir procesos participativos y transparentes, capaces de prestar atención a todas las personas y grupos desfavorecidos y marginados en particular. Además, deberá incluir indicadores y criterios mediante los que sea posible medir y revisar periódicamente los avances conseguidos.

4.6.5 Grupos de especial protección

En cuanto a la protección del derecho al trabajo y demás derechos conexos, igual tratamiento ha de darse a los grupos en situación de vulnerabilidad que el ya otorgado en el análisis de otros DESC. Así, existen ciertos grupos que por su situación de desigualdad no pueden disfrutar del derecho objeto de estudio aquí de igual manera que el resto de los individuos sin que previamente se tomen medidas específicas tendentes a garantizar para esos grupos el disfrute igual de esos derechos, más allá de las medidas ordinarias de protección de esos derechos³⁵⁷.

En relación con la **mujer**, con base en el Art. 3 del PIDESC, y en relación con el Art. 6, las mujeres deben tener, en la ley y en la práctica (*de iure* y *de facto*)³⁵⁸, igualdad de acceso al empleo y demás ocupaciones, a los programas de orientación y

³⁵⁷ En el caso de las mujeres, el Grupo de Expertos Reunidos en Abo/Turku, Finlandia del 1 al 4 de diciembre de 1997, establecieron en su informe sobre “Promoting women’s enjoyment of their economic and social rights”, EGM/WESR/1997/Report, que la igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres en el disfrute los derechos humanos no ocurre automáticamente por la protección general que se hace de estos derechos, ver preámbulo.

³⁵⁸ “Las normas de derechos humanos se presumen neutrales en cuanto al género o no afectadas por el género. Sin embargo, el desequilibrio estructural de poder entre hombres y mujeres, y la ausencia general de mujeres en los procesos de creación e implementación del derecho continúa reflejando desproporcionadamente la experiencia de los hombres y excluyendo la experiencia de las mujeres” (supra). Grupo de Expertos Reunidos en Abo/Turku, Finlandia del 1 al 4 de diciembre de 1997 establecieron en su informe sobre “promoting women’s enjoyment

formación profesionales, de manera que éstos les proporcionen las aptitudes y conocimientos necesarios para beneficiarse por igual del derecho al trabajo³⁵⁹. En cuanto a la situación de vulnerabilidad de las mujeres, por una parte destacan los efectos dañinos que las actitudes tradicionales tienen sobre la mujer³⁶⁰, y, por otro lado, existe a nivel global, en

of their economic, and social rights”, EGM/WESR/1997/Report, preámbulo.

³⁵⁹Comité DESC, Observación General N° 16 (2005); La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del PIDESC), E/C.12/2005/4, de 11 de agosto de 2005, párr. 23. Además, el Comité para la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer estableció en su recomendación general N° 5 la necesidad de tomar medidas especiales de carácter temporal “como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo”.

³⁶⁰“Las actitudes tradicionales, según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzosos, el asesinato por presentar dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. Esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación. El efecto de dicha violencia sobre su integridad física y mental es privarla del goce efectivo, el ejercicio y aun el conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Si bien en esta observación se hace hincapié en la violencia real o las amenazas de violencia, sus consecuencias básicas contribuyen a mantener a la mujer subordinada, a su escasa participación en política y a su nivel inferior de educación y capacitación y de oportunidades de empleo”. Recomendación General No. 2 19, 11° periodo de sesiones, 1992, *La violencia contra la mujer*. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, párr. 11.

En el caso *María Eugenia Morales* ante la CIDH, que será analizado un poco más detalladamente a continuación, se produce en la realidad jurídica guatemalteca una discriminación clara contra la mujer basada, entre otras cosas, “en los valores guatemaltecos tradicionales”, imponiendo a la mujer casada una posición de subordinación con respecto al hombre, pudiendo trabajar fuera del hogar solo si el marido no muestra oposición, perpetuando así una situación de discriminación. Otro ejemplo sería la situación de las mujeres en República Dominicana, en especial las que trabajan en las zonas francas. Las empresas que trabajan en estas zonas ponen en práctica “patrones sexistas tradicionales al momento de seleccionar y contratar al personal” (70% de los trabajadores de las zonas francas son mujeres), lo cual genera la obtención de salarios muy bajos en proporción al trabajo realizado por las mujeres, además de sufrir acoso sexual por parte de los jefes y

cuanto al contenido del derecho al trabajo y a las condiciones dignas dentro del mismo, la idea preconcebida de que existen diferencias de productividad entre el hombre y la mujer, así como la percepción, en algunas culturas, de que la mujer está sujeta a “debilidades inherentes que limitan su capacidad en comparación al hombre”³⁶¹. Para evitar las consecuencias negativas³⁶² que tal idea genera en el disfrute por parte de las mujeres del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (Art. 7), se necesitan la adopción de medidas, políticas y programas especiales capaces de eliminar esta concepción; así por ejemplo, el Comité CEDAW estableció la

vigilantes, situaciones que no denuncian por miedo a perder ese trabajo. Ver Informe de la CIDH sobre República Dominicana de 1999, párrs. 396 y ss.

³⁶¹ CIDH, Informe N° 4/01, Caso 11.625, *María Eugenia Morales de la Sierra* (Guatemala), de 19 de Enero de 2001. Párr. 81.

En el caso de las mujeres haitianas en República Dominicana, éstas además de sufrir los efectos negativos de ver vulnerados sus derechos por el hecho de ser trabajadores migrantes (más adelante se detallan esas circunstancias), se encuentran en una posición de discriminación extrema al no ser reconocida su existencia. Estas mujeres no tienen derecho a la vivienda, ni a servicios de salud, y por igual trabajo que el realizado por los hombres reciben la mitad de salario. Como consecuencia de todo ello, estas mujeres y “sus descendientes están condenados a una situación de ilegalidad y explotación permanente”. Ver párrs. 346, 347 349.

En el Informe sobre Cuba, de 1983, la CIDH mencionaba el problema que constituía, a pesar de la promoción de la incorporación de la mujer al trabajo que el Estado había realizado, el hecho de que las mujeres todavía se concentraban en las ocupaciones que tradicionalmente se entendían como femeninas, así la enseñanza, enfermería, cuidado de niños, servicio de restaurantes...., estando solo el 17% de los puestos dirigentes ocupados por mujeres, destacando que “esto podría estar reflejando que aún prevalece cierto rasgo preferencial asociado a la diferencia de sexos”. CIDH, Informe sobre Cuba, 1983, OEA/Ser.L/V/II.61, Doc. 29 rev. 1, de 4 de octubre de 1983, párr. 12.

³⁶² En muchos casos la mujer sufre una discriminación directa en el acceso al trabajo, al no tener acceso a un trabajo de su elección y acorde con sus circunstancias específicas, en otros muchos casos las mujeres gozan del derecho al trabajo, y acceden a uno, sin embargo sufren discriminación en el disfrute de ese derecho. Así por ejemplo, salarios más bajos, desigualdad de oportunidades, por ejemplo en el ascenso o promoción de puestos, discriminación si están embarazadas, además de ser más vulnerables de sufrir discriminación y situaciones de desventaja en los casos de políticas públicas y privadas de reestructuración económica.

necesidad de crear mecanismos de aplicación y fomento de los esfuerzos de las partes en los convenios colectivos para lograr la aplicación del principio de igual remuneración por trabajo de igual valor³⁶³, medidas para garantizar remuneración, seguridad social, y prestaciones sociales a las mujeres que trabajan en empresas familiares y no reciben ninguna de esas prestaciones³⁶⁴, así como medidas para cuantificar el trabajo doméstico no remunerado de la mujer e incluirlo en el producto nacional bruto³⁶⁵.

La CIDH estableció en cuanto a las retribuciones que “en orden a la vigencia del principio de igualdad, la incorporación creciente de la mujer a las distintas actividades sociales exige que alcance plenitud en el principio de igualdad de remuneración con el varón en caso de labores iguales”³⁶⁶. En el caso *María Eugenia Morales de Sierra* ante la CIDH³⁶⁷, y sin que se analice el derecho al trabajo de manera autónoma, se cuestionó la conformidad con la CADH de ciertas normativas del código civil guatemalteco que confieren a la esposa el derecho y obligación especial de cuidar de los hijos y el hogar, pudiendo solamente ejercer una profesión si eso no perjudica a sus funciones de madre y ama de casa pudiendo el marido oponerse a que la mujer realice actividades fuera del hogar. Esta medida en concreto impide a la mujer la posibilidad de

³⁶³Observación General N° 13, octavo período de sesiones, 1989, *Igual remuneración por trabajo de igual valor*, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

³⁶⁴Recomendación General N° 16, Décimo periodo de sesiones, 1991, *Mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares rurales y urbanas*, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación c).

³⁶⁵Recomendación General N° 17, décimo periodo de sesiones, 1991, *Medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer y su reconocimiento en el producto nacional bruto*, Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, recomendación b).

³⁶⁶CIDH, Informe anual de 1970. Parte II: Relación de los campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II.25 Doc. 9, Rev. 12 de marzo de 1971.

³⁶⁷CIDH, Informe N° 4/01, Caso 11.625, *María Eugenia Morales de la Sierra* (Guatemala), de 19 de Enero de 2001.

ganarse la vida de manera autónoma, así como a gozar de la “autonomía para elegir y adoptar opciones de desarrollo y sustento personal” (párr. 49), si no es con aquiescencia del marido. Se le niega por tanto a la mujer el derecho a buscar empleo y beneficiarse de la autodeterminación que ello comporta (párr. 49), condicionando así el derecho de la mujer casada a disfrutar de su derecho al trabajo, y creando una situación de vulnerabilidad debido a la subordinación económica que esa situación genera³⁶⁸. Como la propia CIDH determinó,

[E]l hecho de que la ley otorgue una serie de capacidades legales exclusivamente al marido establece una situación de dependencia *de jure* para la esposa y crea un desequilibrio incorregible en la autoridad de los esposos dentro del matrimonio. Además, las disposiciones del Código Civil aplican conceptos estereotipados de las funciones de la mujer y del hombre que perpetúan una discriminación *de facto* contra la mujer en la esfera familiar y que tienen un efecto ulterior de dificultar la capacidad de los hombres para desarrollar plenamente sus papeles dentro del matrimonio y de la familia³⁶⁹.

El caso fue resuelto por la CIDH determinando la violación del derecho a la protección de la familia y al principio de no discriminación³⁷⁰.

En el Art. 6.2 del PSS se hace una referencia específica a la situación especial de la mujer en relación con la protección

³⁶⁸“La subordinación económica *de iure o de facto*, ‘obliga a la mujer a soportar relaciones de violencia’”, párr. 52; CIDH, Informe N° 4/01, Caso 11.625, *María Eugenia Morales de la Sierra* (Guatemala), de 19 de Enero de 2001. *supra*.

³⁶⁹Párr. 44. *supra*.

³⁷⁰La CIDH estableció en su Informe sobre Guatemala de 2001, que “las mujeres en sus lugares de trabajo tienen derecho a ser protegidas de la discriminación basada en su estado civil o en la maternidad; el embarazo no puede ser usado como un criterio para la contratación o despido”, CIDH Informe sobre Guatemala 2001, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 21 rev, de 6 de abril de 2001, capítulo XIIIa, párr. 33.

del derecho al trabajo estableciendo que “[l]os Estados Partes se comprometen [] a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo”. El PIDESC también contiene una referencia a la situación específica de la mujer y sus necesidades en el Art. 7. a) apartado i). Los Estados están pues obligados a tomar medidas efectivas para asegurar esta garantía. A este respecto, por ejemplo, la CIDH se refirió al caso en que el Estado había establecido una prohibición legal de despedir a empleadas en estado de gravidez, acto éste que,

sin embargo, no erradicaba la violación del derecho de la mujer al trabajo al haber establecido multas insignificantes que no evitaban que los empresarios despidieran a las mujeres, al considerar más eficiente violar la ley y pagar la multa³⁷¹. Así también, el Comité DESC encontró uno de los mayores motivos de preocupación en cuanto al cumplimiento del PIDESC en El Salvador, en el hecho de que las condiciones de trabajo establecidas en el Código del Trabajo no eran respetadas con respecto a las mujeres que trabajan en las maquiladoras, las cuales viven precarias situaciones laborales en ausencia de respeto a las reglas de contratación y a las condiciones mínimas de trabajo³⁷².

Otra de las dificultades a las que se enfrentan las mujeres es el alto porcentaje de ellas que tiene que acudir al “sector informal” del mercado laboral, lo cual las somete a más desventajas³⁷³, ya que este “sector” no está sometido a ninguna regulación y supervisión por parte del Estado.

En cuanto a los **pueblos indígenas**, considerando que “en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión”³⁷⁴, la OIT estableció dos Convenios relativos a estos grupos³⁷⁵. En ellos, se establece la necesidad

³⁷¹ CIDH Informe sobre Guatemala 2001, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 21 rev, de 6 de abril de 2001, capítulo XIIa, párr. 33.

³⁷² Comité DESC, *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones finales del Comité*, el Salvador, E/C.12/SLV/CO/2, noviembre de 2006, párr.14.

³⁷³ CIDH Informe sobre Guatemala 2001, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 21 rev, de 6 de abril de 2001, capítulo XIIIa, párr. 31.

³⁷⁴ Convenio 169, preámbulo.

³⁷⁵ Convenio 107 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, adoptado el 26 de junio de 1957 y Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, adoptado el 27 de junio de 1989, el cual revisa el anterior y es el que actualmente rige en esta materia, excepto para aquellos países que no hayan suscrito el Convenio 169.

del fomento de programas especiales para la protección de los derechos de estos grupos, y para el logro de la igualdad en el goce de los derechos y oportunidades de los que se beneficia el resto de la sociedad, con el objetivo de eliminar todas las diferencias socioeconómicas existentes³⁷⁶, todo ello con la participación de esas comunidades en el desarrollo de las medidas adecuadas. Se hace una protección general de los derechos de los pueblos indígenas, sólo con especificaciones sobre el derecho al trabajo en las Partes III y IV, en donde se declara la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar a estos grupos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, siempre que no puedan beneficiarse de la protección que las leyes ordinarias otorgan a los trabajadores en general³⁷⁷ así como medidas que garanticen la no discriminación entre los trabajadores pertenecientes a estas comunidades y el resto de trabajadores³⁷⁸. Se otorga especial importancia al mejoramiento de las condiciones de

³⁷⁶ Una de las características más comunes de los pueblos indígenas es que generalmente viven en zonas rurales o apartadas de los núcleos urbanos, lo cual ya genera en muchos casos por sí solo una desventaja con respecto al acceso al trabajo y modos de generación de ingresos para la supervivencia. En otros casos esta situación, junto a la falta de recursos suficientes, provoca que muchos integrantes de estas comunidades tengan que desplazarse a otros lugares donde encuentran trabajo. Ese es el caso, por ejemplo, de los integrantes de las comunidades indígenas guatemaltecas, los cuales tienen que migrar hacia las zonas costeras para encontrar empleos temporales asalariados, debido a la producción ínfima que obtienen en las tierras agrícolas que cultivan. Esos éxodos a las zonas donde se encuentran las empresas agroexportadoras se convierten en un medio de subsistencia; sin embargo, a pesar de ello, “todos los años bajan a esa zona varios centenares de miles de trabajadores indígenas, los cuales realizan sus tareas en general bajo condiciones laborales ilegales, con salarios menores que el básico legal, y en pésimas condiciones de vida y habitación; y bajo continuos ataques a sus intentos de sindicalizarse. La [CIDH] comprobó repetidas veces, la debilidad del aparato del Estado en hacer respetar los derechos de los trabajadores migrantes, en su mayoría indígena”, CIDH Informe sobre Guatemala 2001, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 21 rev, de 6 de abril de 2001, capítulo IX, párr. 46.

³⁷⁷ Art. 15.1 del Convenio 109 y Art. 20.1 del Convenio 169.

³⁷⁸ Art. 15.2 del Convenio 109 y Art. 20.2 del Convenio 169.

vida, trabajo, nivel educativo³⁷⁹ y del nivel de salud³⁸⁰ de estas comunidades. Para alcanzar el pleno disfrute del derecho al trabajo y derecho a condiciones dignas en el trabajo es necesario garantizar también el acceso a formación profesional, a la que en muchos casos las comunidades indígenas no tienen acceso, en este sentido el Convenio 169 establece la necesidad de disposición de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos, así como la necesidad de implantar programas especiales en los caso en que los programas generales de formación no respondan a las necesidades especiales de las personas pertenecientes a comunidades indígenas³⁸¹. Finalmente destaca la necesidad de fomentar la artesanía y las industrias rurales³⁸² así como las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de estas poblaciones o grupos (Art. 23 del Convenio 169), las cuales, en definitiva, son una forma de expresión cultural que contribuyen al mantenimiento de la misma y al desarrollo económico de la comunidad o grupo. Finalmente en el Convenio 107 sobre pueblos indígenas, su Art. 9 establece la necesidad de prohibir “la prestación obligatoria de servicios personales de cualquier índole, remunerados o no, impuesta a los miembros de las poblaciones en cuestión”.

Por otro lado, resulta especialmente vulnerable la situación de los **niños** en cuanto al derecho al trabajo y derechos conexos. Los niños se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad “en razón de su condición e incapacidad de obtener protección de sus propios derechos”³⁸³. En vista

³⁷⁹ Art. 6 del Convenio 107 y Art. 7 del Convenio 169.

³⁸⁰ Art. 7 del Convenio 169, el Convenio 107 no incluye la prioridad en el nivel de salud.

³⁸¹ Art. 16 y 17 del Convenio 107 y artículos 21 y 22 del Convenio 169.

³⁸² Art. 18.

³⁸³ CIDH Informe sobre Guatemala 2001, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 21 rev, de 6 de abril de 2001, capítulo XII, párr. 10.

de esa especial vulnerabilidad³⁸⁴, y de conformidad con el artículo 27 de la Convención, los Estados están obligados a prestar especial protección, sin posibilidad de ser suspendida bajo ninguna circunstancia. El Protocolo de San Salvador en su Art. 7.f) prohíbe cualquier tipo de trabajo que ponga en peligro la salud, seguridad o moral de los menores.

Los niños son utilizados como mano de obra barata, incluso por sus propias familias, en muchos países. La pobreza es uno de los factores que provocan que los niños no puedan disfrutar de sus condiciones de niños y tengan que emplear su vida en la búsqueda de recursos para el sustento de la familia³⁸⁵, de manera que se ven privados de educación³⁸⁶, y de la propia infancia, al ser obligados a convertirse en adultos sin estar preparados para ello³⁸⁷. Esta situación de vulnerabilidad provoca que los niños se conviertan en mano de obra barata, y eso si no se ven obligados a mendigar, robar o prostituirse como único modo de supervivencia. La CIDH en su Informe sobre Guatemala de 2001, ante la gravedad de la situación de

³⁸⁴“Una persona que en su infancia vive, como en tantos países de América Latina, en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear su proyecto de vida, experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual; la muerte física que a ésta sigue, en tales circunstancias, es la culminación de la destrucción total del ser humano. Estos agravios hacen víctimas no sólo a quienes los sufren directamente, en su espíritu y en su cuerpo; se proyectan dolorosamente en sus seres queridos [...]”, voto del Juez Cançado Trindade en la sentencia de la Corte IDH sobre el caso “Niños de la calle”, párr. 9.

³⁸⁵CIDH, Informe sobre Guatemala 2001, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 21 rev, de 6 de abril de 2001, capítulo XII, párr. 20.

³⁸⁶“El trabajo constituye un serio obstáculo para obtener educación, inclusive educación primaria”. CIDH Informe sobre Guatemala 2001, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 21 rev, de 6 de abril de 2001, capítulo XII, párr. 25. Al mismo tiempo, la falta de formación lleva a la imposibilidad de los menores e incluso los jóvenes a acceder a un trabajo digno que le permita vivir dignamente. En ese sentido, por ejemplo, en el caso ante la Corte IDH denominado “Niños de la Calle”, la CIDH “describió a los tres niños víctimas de los hechos de este caso como personas que vivían en condiciones socioeconómicas extremadamente precarias y que luchaban por sobrevivir solos y temerosos en una sociedad que no los acogía, sino que los excluía” (párr. 184).

³⁸⁷Ver por ejemplo el informe de la CIDH sobre República Dominicana 1999, párrs. 419, 423 y 424.

los niños en este país afirmó: “el punto no es si estos niños trabajan o no; la necesidad de supervivencia exige que lo hagan. El punto es si las condiciones en las que trabajan son justas, saludables y seguras y si las necesidades de trabajar significa que son privados de otros derechos, como el acceso a la educación”³⁸⁸. En su Informe sobre Paraguay, la CIDH dejó constancia de la problemática que supone la existencia de contratación de mano de obra infantil que además se produce “en condiciones que rayan en la explotación ilegal, por las malas condiciones para la salud y la seguridad, además de bajas remuneraciones” (párr. 35).

Otro de los grupos que se encuentra en situación de vulnerabilidad en cuanto al disfrute del derecho al trabajo y derecho a las condiciones dignas dentro del trabajo son los **trabajadores migrantes**³⁸⁹, en especial la migración indocumentada³⁹⁰. La situación especial que padecen en

³⁸⁸ CIDH, Informe sobre Guatemala 2001, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 21 rev, de 6 de abril de 2001, capítulo XII, párrafos 21 y ss

³⁸⁹ Trabajador migrante de acuerdo con la OIT es “toda persona que emigra [o ha emigrado] de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante” (Convenio 97 sobre los trabajadores migrantes [revisado], 1949, Art. 11). La expresión entre corchetes corresponde a la modificación contenida en el convenio 143 Art. 11, sobre el mismo tema. Según datos de la OIT, unos 90 millones de personas trabajan y viven fuera de su país, número que está aumentando debido “al empeoramiento de los desequilibrios en los ingresos y las oportunidades de empleo” (http://www.oit.org.pe/portal/despliegue_seccion.php?secCodigo=1).

³⁹⁰ En el caso de los trabajadores haitianos en República Dominicana (alrededor de 500,000 y 700,000 haitianos se encuentran en este país y sólo 5% posee documentos de identidad, al momento de elaboración del Informe, algunos de ellos viviendo allí por más de 20 años sin llegar a tener status legal) el Gobierno de este país había promulgado un Decreto con el propósito de regularizar el status de los trabajadores migratorios haitianos en el país, después de las denuncias internacionales de las violaciones de derechos humanos; sin embargo, en la práctica las autoridades sólo los registraban como trabajadores, pero no procedían a regularizar su situación migratoria, con lo que su situación continuaba en total vulnerabilidad, pudiendo ser expulsados en cualquier momento, en muchos casos incluso sin poder percibir antes los salarios que estaban pendientes de recibir (Supra, informe de la Comisión sobre República Dominicana 1999, párr. 332).

muchos casos lleva a estos grupos a acudir a la llamada “economía sumergida” como único medio de subsistencia³⁹¹. Esa situación específica de vulnerabilidad los convierte, si cabe, en más vulnerables, al aceptar cualquier opción posible como medio de supervivencia, así por ejemplo, la situación de haitianos que se dedican al corte de caña en República Dominicana³⁹². La industria azucarera encontró la opción de mano barata en Haití (en la actualidad expandiéndose a otros sectores como el cultivo de café, cacao o la construcción) debido a la amplia disponibilidad de ese tipo de fuente de mano obra en el país vecino, lo que permitía a esta industria mantener salarios bajos y condiciones laborales deplorables.

Para evitar esta situación negativa que incide en los trabajadores migrantes, se destacó por parte de la OIT “la necesidad de evitar los aumentos de los movimientos migratorios que sean excesivos, incontrolados o no asistidos, por las consecuencias negativas que acarrear en el plano social y humano”³⁹³; para ello es necesario mencionar la estrecha relación que existe entre esta garantía que se busca con el control de los flujos migratorios y la necesidad de garantizar el resto de DESC en todos los países, asimismo destacar los efectos que la pobreza tiene sobre este factor de movimientos migratorios excesivos. Por ejemplo, en el caso de los trabajadores haitianos en República Dominicana, a pesar de que el gobierno afirmaba que los contratos estaban redactados en español y creole para que aquellos pudieran entenderlos, la realidad sin embargo es que la mayoría de ellos

³⁹¹ “Las personas que viven en economía sumergida lo hacen en su mayor parte debido a la necesidad de sobrevivir, antes que como una opción personal”, Comité DESC, Observación General N° 18, aprobada el 24 de noviembre de 2005, artículo 6 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: E/C.12/GC/18, de 6 de febrero de 2006, párr. 10.

³⁹² Ver Informe de la CIDH sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana, OEA/Ser.L/V/II.104, Doc. 49 rev. 1, de 7 de octubre de 1999.

³⁹³ Convenio 143 de la OIT sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) de 1975, adoptado el 24 de junio de 1978, preámbulo.

son analfabetos, con lo que no pueden tener un entendimiento de las condiciones y términos de los mismos (párrafo 339).

Sin duda uno de los motivos que lleva a millones de trabajadores a buscar nuevos recursos para alcanzar una vida digna es la situación que sufren en sus países, de manera que el control de los movimientos masivos de trabajadores migrantes debiera estar acompañado por políticas, programas o medidas destinadas a paliar las situaciones de falta de derechos básicos que sufren en sus países de origen³⁹⁴. En este mismo sentido, la recomendación de la OIT sobre la protección de los trabajadores migrantes establece la necesidad de adoptar en los países de origen programas de fomento económico, formación profesional, de creación de nuevos empleos y nuevas fuentes de ingreso, esto es, la adopción de una política general capaz de disuadir a los trabajadores de emprender migraciones, cuando se consideren indeseables para ellos³⁹⁵. También el Comité DESC en su Observación General No. 18 destaca la necesidad de planes de acción nacionales para respetar y promover los principios de no discriminación y protección de los derechos de este grupo de trabajadores y sus familias (párrafo 18).

En cuanto a los derechos específicos que se deben garantizar a los trabajadores migrantes³⁹⁶ destacan, el derecho a salir libremente de cualquier Estado, incluyendo el Estado de origen, y a regresar a él (Art. 8), igualdad de trato respecto de la remuneración y otras condiciones de trabajo y de empleo, así como la seguridad social y el derecho a recibir atención médica de urgencia (artículos 25, 27 y 28), derecho a transferir

³⁹⁴ Así por ejemplo, el Comité DESC recomendó a El Salvador tomar medidas para alentar a la población a permanecer en el país, mediante la creación de empleo y el pago de salarios justos. Comité DESC, Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones finales del Comité DESC, El Salvador, E/C.12/SLV/CO/2, de noviembre de 2006, párr. 40.

³⁹⁵ Recomendación 100 sobre la protección de los trabajadores migrantes (países insuficientemente desarrollados), de 1955, adoptada el 22 de junio de 1955. Art. 16 y 17 DESC.

³⁹⁶ Recogidos en la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

sus ingresos, ahorros y efectos personales y derecho a ser informado (artículos 32 y 33), derecho a ser informados antes de su partida de las condiciones de admisión al Estado de empleo y de las actividades remuneradas (Art. 37), derecho a ausentarse temporalmente sin que eso afecte a la autorización de permanecer o trabajar en el país y derecho a la libertad de movimiento en el Estado de empleo y a escoger libremente en él su residencia (artículos 38 y 39), derecho a establecer asociaciones y sindicatos (Art. 40), igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo e igualdad de trato en respecto a la protección contra los despidos, las prestaciones de desempleo, los programas de obras públicas y el acceso a otro empleo e igualdad de trato en el ejercicio de una actividad remunerada (artículos 43, 54 y 55), derecho a buscar otros empleos en caso de que haya cesado la actividad remunerada por la cual hubieran sido aceptados (artículos 52 y 52).

Entre las medidas de protección de los trabajadores migrantes se destaca “la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores

migrantes o como miembros de su familia, se encuentren legalmente en su territorio”³⁹⁷. Uno de las preocupaciones que señala la CIDH en su informe sobre la República Dominicana, es la restricción en la libertad de movimiento de los trabajadores haitianos en el país, quedando algunos a veces indocumentados, con lo que quedaban en situación de ilegales, no pudiendo desplazarse a otros lugares³⁹⁸.

4.6.6 Temáticas relevantes

Además de la conexión, afectación y dependencia de otros derechos a la que se ha hecho referencia anteriormente, el derecho al trabajo está íntimamente relacionado con factores económicos y las políticas públicas que los determinan. Así, para hacer más competitivos los mercados nacionales los Estados intentan flexibilizar a menudo los mercados laborales adoptando para ello medidas legislativas y de otra naturaleza. En sí, estas políticas no son contrarias al derecho al trabajo y los derechos en el trabajo, especialmente si se considera que el desarrollo económico de los Estados genera más riqueza y al mismo tiempo favorece la creación de nuevos empleos. Sin embargo, según la Observación General No. 18 del Comité DESC, estas medidas deben adecuarse a las obligaciones estatales de protección de los derechos humanos, y en este sentido, deben asegurarse de que tales medidas no restan estabilidad al empleo ni reducen la protección social de los trabajadores, sino, al contrario, generan más opciones a los individuos para elegir libremente el trabajo digno que desean realizar. Para ello los Estados deben adoptar políticas de empleo³⁹⁹ “con miras a estimular el crecimiento y el

³⁹⁷ Convenio 143 de la OIT sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) de 1975, adoptado el 24 de junio de 1978, Art. 10.

³⁹⁸ *Supra*, párrs. 336 y 337.

³⁹⁹ Las medidas a adoptar por los Estados para la protección del derecho al trabajo y derechos conexos se configuran, al igual que los demás DESC, bajo el margen de discreción con el que cuentan los Estados, que son los que en definitiva deben decidir cuáles son las medidas más

desarrollo económicos, elevar el nivel de vida, satisfacer las necesidades de mano de obra y resolver el problema del desempleo y el subempleo”⁴⁰⁰. Esas políticas deben incluir, entre otros aspectos, medidas de protección especial para grupos desfavorecidos, mecanismos de indemnizaciones para los casos de pérdida de empleo, creación de mecanismos de servicios de empleo, y medidas específicas para la lucha contra el desempleo, todo ello llevando a cabo las **negociaciones colectivas** necesarias, siendo éstas “un instrumento de importancia fundamental en la formulación de políticas de empleo”. En este sentido, el Comité DESC señala que el derecho de huelga y el derecho de negociación colectiva deben considerarse derechos colectivos básicos⁴⁰¹.

Además del papel de los Estados en lo relativo a la protección de los derechos humanos, y en concreto el derecho al trabajo, existen diversos actores con papel esencial en este ámbito. Así, según el Comité DESC, además del rol que deben desempeñar las organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, y la sociedad en general, algo común para la garantía de todos los DESC, tienen un papel estrechamente vinculado al derecho al trabajo en sí de las empresas, que son las que generan empleo y deben adecuar sus políticas empresariales a la obediencia de las condiciones respetuosas con el derecho al trabajo y los derechos en el trabajo⁴⁰², por un lado, y los grupos sindicales por otro lado,

convenientes adecuadas a las circunstancias específicas que vive el país. Para ello los Estados establecen estrategias nacionales acordes con esas necesidades, que en ningún caso pueden evitar las obligaciones esenciales mencionadas anteriormente. Supra.

⁴⁰⁰ Convenio N° 122 de la OIT sobre política de empleo, 1964, Art. 1.1.

⁴⁰¹ Informe de la CIDH sobre Cuba, 1983, párr. 53. en este informe la CIDH concluyó que en Cuba “no se reconoce el derecho a la huelga [sino que] en la práctica, ésta se proscribe y es punible. [Además] los trabajadores no negocian con la administración las condiciones laborales mediante convenios colectivos sino que suscriben compromisos en los que fundamentalmente se comprometen a cumplir las metas de producción”, Capítulo X, párr. 62.

⁴⁰² La CIDH se refiere a esta problemática en diferentes Informes, por ejemplo en el Informe sobre Paraguay, 2001, OEA/Ser. L/VII. 110,

que son los que participan en la garantía de las condiciones esenciales de este derecho.

Las disposiciones, tanto legales como de otra naturaleza, que adopte el Estado en esta materia deben de ser efectivas en la garantía de este derecho, así, en el caso de los derechos sindicales, en el Informe sobre Venezuela la CIDH determinó que a pesar del reconocimiento de la libertad sindical por la Constitución venezolana, la existencia de legislación que otorga al Consejo Nacional Electoral la competencia para “organizar las elecciones de los sindicatos y gremios profesionales” (párr.496) así como otras funciones que “suponen una intervención administrativa en las actividades sindicales de los trabajadores [...] [,] supone una vulneración al derecho a la libertad sindical reconocido en [...] la Constitución” (párr. 499). Así también la OIT estableció que “la administración de los fondos sindicales debería realizarse por los dirigentes designados por los estatutos sindicales y sin ningún tipo de injerencia[, ya que s]on los miembros de los sindicatos los que deberían decidir si los dirigentes sindicales deberían conservar el derecho del manejo de los fondos de las organizaciones”, en base a ello solicitó al Estado que permitiera “a los dirigentes sindicales [...] el acceso y gestión de las cuotas sindicales, de conformidad con los estatutos sindicales y sin ningún tipo de injerencia”⁴⁰³.

En el informe sobre Cuba, la CIDH destacó el hecho de que las normas que determinan la producción y el salario a percibir son fijadas de manera centralizada por el Estado sin la participación directa de los trabajadores o los representantes sindicales⁴⁰⁴. A esto hay que añadir la circunstancia de que los sindicatos “no son verdaderamente autónomos ya que

Doc. 52, de 9 de marzo de 2001, capítulo V, párr. 37, en lo referente al incumplimiento de las empresas de la normativa de seguridad industrial, así como de higiene en el lugar de trabajo, lo cual implica un perjuicio a la salud y a la vida de los trabajadores.

⁴⁰³OIT. Resolución del Comité de Libertad Sindical en el Caso No. 1569, párrs. 145 y 146.d.

⁴⁰⁴Informe sobre Cuba 1983, párr. 29.

están supeditados a los intereses del Estado y guiados por el Partido. Además, los objetivos principales de los sindicatos están relacionados con la producción y la productividad y no tanto con la defensa de los intereses de los trabajadores. Estos límites a la actividad sindical han sido puestas de manifiesto por las recientes informaciones que dan cuenta del arresto de trabajadores que intentaban acciones sindicales independientes, con miras a la defensa de sus intereses laborales⁴⁰⁵.

La libertad sindical se ve así en muchos casos vulnerada por estrategias estatales y empresariales⁴⁰⁶ de despido de trabajadores, esto es, mediante medidas indirectas de presión, principalmente mediante el despido de aquellos trabajadores que intentan formar o han formado sindicatos, de manera que no sólo vulneran este derecho con respecto a esos trabajadores despedidos, sino que ejercen una presión fuerte sobre aquellos otros que quieren hacerlo, al considerar la posibilidad de, al hacerlo, perder el medio de subsistencia propio y el de su familia⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵Informe sobre Cuba, párr. 51.

⁴⁰⁶Las autoridades en muchos casos son encubridoras de estos hechos, así por ejemplo, “los sindicatos perciben a las autoridades del trabajo como encubridoras de las violaciones de los derechos laborales cometidas por empresarios, y a los mecanismos de intervención estatales como burocráticos y dilatorios”, en CIDH, Informe sobre Paraguay, 2001, OEA/Ser. L/VII. 110, Doc. 52, de 9 de marzo de 2001, capítulo V, párr. 40. Si esas situaciones de violación del derecho al trabajo ocurren por la actividad del sector privado empresarial, el Estado sería responsable en la medida en que permite que esas situaciones ocurran, ya que la CIDH tiene competencia respecto a denuncias individuales contra Estados.

⁴⁰⁷Ver por ejemplo CIDH, Informe sobre Paraguay, 2001, OEA/Ser. L/VII. 110, Doc. 52, de 9 de marzo de 2001, capítulo V, párrs. 39 y 40. 213 trabajadores fueron despedidos por organizar un sindicato, así como otras medidas de persecución de dirigentes sindicales para “desestimular o directamente incumplir o no renovar contratos colectivos de trabajo”. La OIT en la Resolución del Comité de Libertad Sindical en el Caso No. 1569 “Quejas contra el Gobierno de Panamá presentadas por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), el Sindicato de Trabajadores del Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (SITIRHE) y Sindicato de Trabajadores del Instituto Nacional de Telecomunicaciones (SITINTEL)”, párr. 143.3, estableció que “el despido masivo de dirigentes sindicales y trabajadores del sector público por el paro del día 5 de diciembre de 1990 es una medida, que puede comprometer seriamente, las posibilidades de acción

También se dan estas circunstancias con respecto al ejercicio del derecho a huelga. En este sentido, en numerosas ocasiones los Estados o las empresas proceden al despido de trabajadores por participar en huelgas o manifestaciones para hacer reclamos laborales.

En el Caso *Milton García Fajardo y otros contra Nicaragua*⁴⁰⁸, los trabajadores aduaneros habían convocado una huelga tras fallar las negociaciones del sector con el Gobierno en cuestión, la huelga fue declarada ilegal y reprimida por medio de la fuerza, a pesar de, como quedó probado, haber sido una huelga pacífica. La CIDH consideró que los derechos económicos de los trabajadores aduaneros entran en el marco de la protección de los DESC y que “las violaciones por parte del Estado de Nicaragua determinan los perjuicios económicos y postergan los derechos sociales de los peticionarios” (párr. 90). La CIDH estimó que el Estado había violado su deber de adoptar medidas de desarrollo progresivo en beneficio de los trabajadores aduaneros, ya que buscó reducir tal derecho (párr. 101) y había por tanto violado los [DESC] protegidos, entre otros, en el Art. 26 de la Convención (conclusión 2). Este caso es una muestra de que, a pesar de la intrínseca relación que existe entre el derecho a la huelga y el derecho de asociación sindical, “[e]l hecho de que el Estado negara la posibilidad de ir a huelga, no restringió a los trabajadores para ejercer su derecho de asociación, toda vez que es en esa capacidad de asociados a un sindicato que presentaron el recurso ante la Corte Suprema de Justicia [...]” (párr. 106). De manera que no se declara violado el derecho de asociación sindical (del Art. 16 de la CADH). Caso contrario resulta cuando el Estado lleva a cabo políticas o medidas de intervención en la vida de

de las organizaciones sindicales en el sector público en las instituciones donde existan”.

⁴⁰⁸CIDH, Informe N° 100/01, Caso 11.381, *Milton García Fajardo y Otros* (Nicaragua), de 11 de octubre de 2001.

los sindicatos, obstruyendo o influenciando en la actividad sindical⁴⁰⁹.

4.7 Derecho a la Seguridad Social

4.7.1 Fuentes relevantes

Regulado en diferentes instrumentos⁴¹⁰ de ámbito internacional, regional y nacional, la DUDH declara con respecto al derecho a la seguridad social en su Art. 25: “Toda persona tiene derecho a [...] los seguros en caso de **desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos** de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. La **maternidad y la infancia** tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

Esta regulación, que resulta un tanto general, ha sido más exhaustivamente regulada por la OIT, en especial por el convenio 102, cuya estructura comprende los supuestos contenidos ya en el artículo 25 de la DUDH, pero concretados

⁴⁰⁹Ver por ejemplo Informe de la CIDH sobre Venezuela, 2003, párrs. 504 y ss. En especial, la CIDH considera una violación al derecho a la libertad sindical y al de los trabajadores a elegir a sus dirigentes, el hecho de que el Gobierno convocara referendo para la renovación de la dirigencia sindical, “el haber permitido a la población en general participar en dicho referendo, es decir, a personas distintas de los trabajadores afiliados, implicó una violación al derecho a la libertad sindical y al de los trabajadores a elegir a sus dirigentes, [lo cual fue] severamente criticad[o] por el Comité de Libertad Sindical de la [...] OIT, y por otras organizaciones internacionales de derechos humanos que manifiestan su preocupación al respecto”, párr. 512.

⁴¹⁰Artículos 22 y 25 de la DUDH, Art. XVI de la DADD, artículos 9 y 10 del PIDESC, artículos 11 y 13 de la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer, artículos 26 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación Racial, artículos 27, 45 y 54 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Art. 9 del Protocolo de San Salvador, artículos 12, 13, 14 de la Carta Social Europea, y 16, 17, 23 y 30 de la revisión de la misma.

y detallados. La OIT incluye otros derechos que podrían verse indirectamente contenidos en los supuestos de “otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia” mencionados en el mismo artículo. Estas nueve ramas del derecho a la seguridad social, las cuales se encuentran también recogidas por el Comité DESC en su *Revised general guidelines regarding the form and contents of reports to be submitted by States Parties under articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, comprenden:

- a) Asistencia médica
- b) Prestaciones monetarias de enfermedad
- c) Prestaciones de desempleo
- d) Prestaciones de vejez
- e) Prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional
- f) Prestaciones familiares
- g) Prestaciones de maternidad
- h) Prestaciones de invalidez
- i) Prestaciones de sobrevivientes

Además de ese Convenio, la OIT ha regulado distintos aspectos de este derecho en numerosos Convenios y Recomendaciones, como por ejemplo, el Convenio 128 sobre prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, el Convenio 42 sobre enfermedades profesionales, Convenio 121 sobre prestaciones en caso de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, Convenio 118 sobre la igualdad de trato (seguridad social), Convenio 24 sobre el seguro de enfermedad (industria), Convenio 25 sobre el seguro de enfermedad (agricultura), Convenio 17 sobre la indemnización por accidentes de trabajo, Convenio 18 sobre las enfermedades profesionales, Convenio 130 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, la Recomendación 22 sobre la indemnización por accidentes de trabajo, Recomendación 67 sobre la seguridad de los medios de vida, Recomendación 69 sobre la asistencia médica o la Recomendación 167 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, entre otros.

4.7.2 Interrelación con otros derechos

El derecho a la seguridad social representa un instrumento de garantía del derecho de todo individuo a vivir una vida digna en aquellas situaciones de *social distress* como por ejemplo vejez, desempleo, enfermedades, muerte o cualquier otra circunstancia⁴¹¹ que tienda en definitiva a dificultar el goce pleno de vivir una vida en dignidad. Así mismo, es un derecho que condiciona la consecución de otros derechos

⁴¹¹ Palabras de Mr. Alessio Bruni en el Día de Discusión General sobre el Derecho a la Seguridad social. El Comité DESC no ha redactado todavía ninguna observación general relativa al Art. 9 sobre derecho a la seguridad social, sin embargo, con miras a este fin organizó un día de discusión general sobre este tema en el que participaron miembros del Comité, expertos en la materia, agencias especializadas, instituciones nacionales de derechos humanos y ONG, celebrado en la reunión del Comité DESC No. 21 y 22 el 15 de Mayo de 2006. El último borrador de Observación General sobre el derecho a la seguridad social se leyó en la reunión 51 del Comité DESC el 20 de noviembre de 2006. <http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/note37session.pdf>.

humanos, como el derecho a la salud o el derecho a un nivel de vida adecuado.

La seguridad social es muy importante para el bienestar de los trabajadores, sus familias y la comunidad entera. Es un derecho humano básico y un medio fundamental para crear cohesión social, ayudando así a asegurar la paz social y la inclusión social. Es una parte indispensable de la política social del gobierno y un instrumento importante para prevenir y aliviar la pobreza. Puede, a través de la solidaridad nacional y la carga compartida justa, contribuir a la dignidad humana, equidad y justicia social. Es también importante para la inclusión política, el otorgamiento de poderes y el desarrollo democrático⁴¹².

Además, la seguridad social contribuye a la cohesión social, a la productividad laboral, facilita la retirada de los trabajadores con edades de retiro y, además mejora la aceptabilidad de cambios por parte los trabajadores. En este sentido, el reforzamiento de la seguridad social no es incompatible con el crecimiento económico de los Estados sino al contrario⁴¹³, genera desarrollo y crecimiento. De esta manera no se debe analizar como un costo en términos microeconómicos de las empresas, sino como una redistribución de ingresos de los trabajadores a la población inactiva de las sociedades, de

⁴¹² ILO. *Resolution concerning Social Security*; The General Conference of the International Labour Organization. Resolutions and conclusions concerning social security, international labour conference, 89th Session, 2001. Párr. 2. <http://www.ilo.org/public/english/protection/secsoc/downloads/353sp1.pdf> (traducción de los autores. El texto original dice “Social security is very important for the well-being of workers, their families and the entire community. It is a basic human right and fundamental means for creating social cohesion, thereby helping to ensure social peace and social inclusion. It is an indispensable part of the government social policy and an important tool to prevent and alleviate poverty. It can, through national solidarity and a fair burden sharing, contribute to human dignity, equity and social justice. It is also important for political inclusion, empowerment and the development of democracy”).

⁴¹³ OIT, *Social Security: A new consensus*. Resolution and conclusions concerning social security, international Labour Conference, 89th Session, 2001. Punto 1, p. 11.

manera que la seguridad social debiera ser vista como una inversión más que como un costo para las sociedades⁴¹⁴.

En términos generales, los casos presentados ante órganos de control internacionales relacionados con el derecho a la seguridad social, se han planteado a través del examen de otros derechos humanos, como se verá en los casos planteados ante la CIDH mencionados más adelante, así como en el caso *Cinco Pensionistas* ante la Corte IDH.

El **derecho al trabajo** está íntimamente ligado al derecho a la seguridad social en diferentes aspectos⁴¹⁵. Por ejemplo, el aumento de trabajadores en el sector informal condiciona negativamente la garantía de acceso a la seguridad social, disminuyendo así el porcentaje de la población mundial con garantías del disfrute de este derecho⁴¹⁶. Este aspecto está en gran medida relacionado con la discriminación, no sólo en cuanto al acceso a un trabajo y al goce de condiciones dignas dentro del trabajo sino también respecto del derecho a la seguridad social en sí mismo. Así, se producen casos de discriminación contra los trabajadores a tiempo parcial, contra las mujeres, o contra los trabajadores migrantes, que son aquellos grupos que terminan más fácilmente en el sector laboral informal, lo que impide que puedan disfrutar de las garantías sociales básicas.

⁴¹⁴ OIT, *Social Security: A new consensus...* Punto 1, p. 12.

⁴¹⁵ Si bien el acceso a un trabajo aporta los medios de vida necesarios para cualquier ser humano, la seguridad de esos medios de vida tienen su garantía a través de la seguridad social, así, “la seguridad de los medios de vida constituye un elemento esencial de la seguridad social”, Recomendación 67 sobre la seguridad de los medios de vida, 1944, OIT, preámbulo.

⁴¹⁶ El Comité DESC ha mostrado su preocupación en cuanto a este aspecto en numerosos informes sobre países. Por ejemplo, en el Informe de Observaciones Finales sobre Argentina, 1999, E/C.12/1/Add.38, el Comité DESC muestra su preocupación sobre el gran número de trabajadores del sector no estructurado, lo que implica que alrededor del 37% de los trabajadores urbanos no están registrados y, por tanto, carecen de seguridad social, párr. 13.

El **derecho a la salud** también se constituye como un derecho conexo al derecho a la seguridad social; efectivamente, el derecho a la seguridad social implica, entre otros, la asistencia médica o acceso a la atención básica de salud. De este modo, la interrelación entre ambos queda en fin de manifiesto en el hecho mismo de que la asistencia médica adecuada es un elemento esencial en la seguridad social⁴¹⁷.

La protección del derecho a la seguridad social no ha sido tratada por los órganos del SIDH de manera directa, sino a través de la protección de otros derechos. Así, se ha analizado el derecho a la seguridad social de manera indirecta a través del **derecho a la propiedad privada**⁴¹⁸ (Art. 21 de la CADH). En este sentido, en el caso *Carlos García Saccone*⁴¹⁹, la CIDH se planteó si la aportación mensual que los trabajadores de una empresa pública habían realizado a un Fondo Compensador de la empresa (se trataba de un fondo para personal jubilado) podía entrar en la categoría de bienes tal y como está regulado en la norma sobre derecho a la propiedad privada, concluyendo a este respecto que “dichas sumas de dinero [...] hacían parte [...] del patrimonio de los aportantes”⁴²⁰. Los peticionarios alegaron violación de los artículos XI (Derecho a la preservación de la

⁴¹⁷ OIT Recomendación 69 sobre la asistencia médica, de 1944. Preámbulo.

⁴¹⁸ Ver, entre otros, Informe N° 89/99, Caso 12.034, Carlos Torres Benvenuto, Javier Mújica Ruiz-Huidrobo, Guillermo Álvarez Fernández, Reymer Bartra Vásquez y Maximiliano Gamarra Ferreira, Perú, de 27 de septiembre de 1999.

⁴¹⁹ CIDH, Informe N° 8/98, Caso 11.671, *Carlos García Saccone*, contra Argentina, 2 de marzo de 1998. También en el Informe N° 47/02 sobre admisibilidad, Petición 12.357, Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la contraloría General de la República, Perú, de 9 de octubre de 2002, se admitió el caso para el análisis de hechos que podrían caracterizar una violación de, entre otros, el derecho a la propiedad privada, en un caso en el que los peticionarios vieron suprimido su derecho a que sus pensiones se nivelaran con los servidores de actividad correspondiente a la que habían ejercido durante su vida laboral, cuando a ellos les correspondía una jubilación reajutable y renovable en función de la remuneración, gratificaciones y bonificaciones de los trabajadores en actividad de la institución a la que habían pertenecido.

⁴²⁰ Supra, párr. 26.

salud) y XVI (Derecho a la seguridad social) de la DADD, sin embargo, la CIDH estableció, que:

[E]n el caso en concreto, no encuentra [...] relación alguna entre los derechos invocados y la disolución del Fondo Compensador. Su origen fue el acuerdo de voluntades, entre los trabajadores de la empresa, en aquella época estatal, y esta última, para mejorar los ingresos del personal jubilado. La constitución y funcionamiento de ese Fondo estaban por fuera del sistema general argentino de pensiones. Los beneficios económicos que percibían los jubilados eran adicionales a los percibidos a través del sistema común de pensiones. Adicionalmente, en la constitución de dicho Fondo, estaban previstas las causales de disolución del mismo. Implica esto que los eventuales derechos emanados del Fondo Compensador no eran absolutos y tampoco eran adquiridos. Por lo tanto, la CIDH concluye que la denuncia no caracteriza hechos violatorios de las disposiciones arriba citadas de la Declaración Americana⁴²¹.

La Comisión declaró el caso inadmisibles. En el caso *Amilcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros*, se alegaba:

[Q]ue los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial efectiva previstos en los artículos 8 y 25(2)(c) de la Convención, son los derechos que los peticionarios consideran directamente violados, de los cuales **se derivan subsidiariamente** la violación de los demás derechos alegados: a la propiedad privada (artículo 21), a la igualdad ante la ley (artículo 24), del deber de los Estados de respetar los derechos (artículo 1(1)) y de adoptar medidas para hacerlos efectivos (artículo 2) previstos en la Convención. Así mismo, el derecho a la salud y al bienestar (artículo XI) y a **la seguridad social en relación con el deber de trabajar y aportar a la seguridad social** (artículos XVI, XXXV y XXXVII) contemplados en la [DADD]. Una vez examinada la información proporcionada por ambas partes, la Comisión

⁴²¹ Supra, párr. 50.

considera que dichas alegaciones no son manifiestamente infundadas y que podrían caracterizar violaciones a las mencionadas normas. En consecuencia, la [CIDH] concluye que la petición no es inadmisibile [...] ⁴²².

Ante la Corte IDH el caso más relevante en cuanto al derecho a la seguridad social es *Cinco Pensionistas* ⁴²³. En este caso el derecho a la seguridad social también se vincula al derecho a la propiedad privada (Art. 21 de la CADH) ⁴²⁴ y al derecho a un recurso efectivo (Art. 25) ⁴²⁵, en el sentido de que percibir una pensión de jubilación supone un ingreso al patrimonio de las personas, el cual, en el caso concreto, se vio mermado debido a la reducción ⁴²⁶ ilegal de sus pensiones, que constituían, en definitiva, los recursos económicos de los pensionistas. La Corte IDH establece al respecto que:

[E]l artículo 21 de la [CADH] protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo [a la normativa interna], en el sentido de que **se trata de un derecho adquirido**, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, **de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de**

⁴²² CIDH, Informe N° 03/01, Caso 11.670 Amilcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros (sistema provisional), Argentina, 19 de enero de 2001. Párr. 65.

⁴²³ Corte IDH. Caso *Cinco Pensionistas Vs. Perú*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

⁴²⁴ El artículo 21 de la CADH señala que:

1. Toda persona tiene el derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

⁴²⁵ La Corte vinculó la violación del derecho a la propiedad con la del derecho a un recurso efectivo. (Cfr. voto razonado del Juez Roux Rengifo).

⁴²⁶ Reducción de hasta el 78% con respecto a la pensión que les correspondía.

las personas. [...] desde el momento en que l[as víctimas] pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto-Ley N° 20530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto-ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto-ley y sus normas conexas. En otras palabras, **los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión**, de conformidad con el Decreto-Ley N° 20530 y en los términos del artículo 21 de la [CADH]. [...] La [Corte IDH] constata [...] que el Estado, al haber cambiado arbitrariamente el monto de las pensiones que venían percibiendo las presuntas víctimas y al no haber dado cumplimiento a las sentencias judiciales emitidas con ocasión de las acciones de garantía interpuestas por éstas [...] violó el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la [CADH]⁴²⁷.

En definitiva, la Corte IDH estableció el carácter de derecho adquirido del derecho a la pensión, subsumido así mismo en el derecho a la propiedad privada.

4.7.3 Contenido básico

El Comité DESC no ha redactado todavía ninguna Observación General relativa al Art. 9 sobre derecho a la seguridad social; esto limita el objetivo de establecer con claridad cuáles son los elementos esenciales del derecho y las obligaciones básicas de los Estados en la protección del

⁴²⁷ La Corte ha definido los “bienes” (*Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 122) como “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”. Además, *cfr. Eur. Court H.R., Case of Gaygusuz v. Austria*, Judgment of 16 September, 1996, Merits and just satisfaction, párrs. 39, 41. Supra., Párrs. 102, 103 y 121.

mismo. En relación a ello, el Comité DESC, con miras a la elaboración de una Observación General para este derecho organizó un día de discusión general sobre este tema en el que participaron miembros del Comité DESC, expertos en la materia, agencias especializadas, instituciones nacionales de derechos humanos y organizaciones no gubernamentales, el cual fue celebrado en la reunión del Comité DESC de 15 de mayo de 2006. El último borrador de Observación General sobre el derecho a la seguridad social se leyó en la reunión 51 del Comité DESC el 20 de noviembre de 2006⁴²⁸. El presente análisis se aborda entonces, ante la inexistencia de la mencionada regulación específica por parte del Comité DESC, teniendo en cuenta determinadas regulaciones existentes hasta la fecha, principalmente de la OIT, y el tratamiento que se ha dado a este derecho por los órganos internacionales.

Con base en los resultados de esa reunión, o día de discusión general, mencionada arriba y en el contenido del texto resultante, así como considerando la regulación que de este derecho ha hecho la OIT, se elaborará un listado de lo que pudiera entenderse como contenido básico de este derecho. Con todo, es necesario confrontar con la Observación General correspondiente que podría ser aprobada próximamente.

Entre las diversas posiciones que se plantearon en esta reunión resaltamos dos posturas. Una de ellas, presentada por el Sr. López Morales⁴²⁹, plantea que la **protección mínima** correspondiente al ejercicio del derecho a la seguridad social consiste en el acceso a la atención básica de salud, pensiones para personas con discapacidades y ancianos y apoyo a las familias⁴³⁰. Estos mínimos básicos son de obligado e inmediato

⁴²⁸ <http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/note37session.pdf>.

⁴²⁹ Coordinator, International Labour Standards Department, International Labour Organisation.

⁴³⁰ De acuerdo con la OIT, “[l]os riesgos cubiertos por el seguro social obligatorio deberían incluir todos aquellos casos en los que el asegurado se vea impedido de ganar su subsistencia, ya sea a causa de su incapacidad para trabajar o para obtener trabajo remunerado, ya en caso de que muera dejando una familia a su cargo, y deberían incluir

cumplimiento por parte de los Estados, a partir de los cuales los Estados están obligados alcanzar progresivamente mayores estándares de protección⁴³¹. La segunda de estas posiciones fue propuesta por la Sra. Lamarche⁴³², y expone que el derecho a la seguridad social debe asegurar, como mínimo, la protección básica inmediata de las necesidades vitales de cada persona⁴³³.

El Comité DESC en su informe de observaciones a El Salvador observó con preocupación que en la cobertura mínima prevista en el sistema de seguridad del Estado no se garantizaba suficientemente un nivel de vida decente, lo cual no permite a los pensionados y sus familias adquirir la “canasta básica”⁴³⁴. El Comité DESC también ha establecido que el régimen de seguridad social debe garantizar al trabajador una pensión mínima adecuada que no puede ser disminuida ni aplazada unilateralmente, “especialmente en tiempos de crisis económica”⁴³⁵. Además, la protección que otorgue la seguridad social debe ser garantizada para toda

también, siempre que no estén cubiertos por otros medios, ciertos riesgos afines que se produzcan frecuentemente y representen una carga excesiva para las personas que dispongan de ingresos limitados. Ver al respecto, Recomendación 67 sobre la seguridad de los medios de vida, 1944, OIT, párr. 5.

⁴³¹ Día de Discusión General sobre el Derecho a la Seguridad social, E/2007/CPR.3, párr. 8.

⁴³² Professor of Law, Université du Quebec à Montreal, Canada.

⁴³³ Supra, párr. 12.

⁴³⁴ Comité DESC, Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones finales del Comité DESC, el Salvador, E/C.12/SLV/CO/2, de noviembre de 2006, párr. 16. Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Colombia. 30/11/2001. E/C.12/1/Add.74, párr. 29.

⁴³⁵ Comité DESC, Observaciones Finales sobre Argentina, E/C.12/1/Add.38, de 8 de diciembre de 1999, párr. 33. En el caso Amilcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros (sistema provisional), uno de los argumentos del Estado para justificar la limitación temporal dispuesta en cuanto al reajuste de montos percibidos por concepto de jubilación o pensiones “se origina en el imperio de la necesidad y la conveniencia pública”.

la población por igual, incluyendo en especial los grupos que no perciben ingresos⁴³⁶, sin perjuicio de la protección especial que puedan necesitar ciertos grupos, de manera que las situaciones de disparidad en el acceso a la seguridad social conformarían una vulneración de este derecho⁴³⁷. En un caso ante la CIDH relacionado con la falta de “revaluación” de pasividades a cobrar por pensionistas jubilados, la CIDH consideró “las dimensiones morales del problema[⁴³⁸] dadas las circunstancias especiales del caso, v.g., la calidad, condición social y económica, y número de los afectados por una situación fáctica de desigualdad. [En particular, s]e trata de un considerable sector social, particularmente sensible y económicamente débil al que la sociedad le debe especial protección”⁴³⁹, y relacionó lo anterior con una vulneración del principio de no discriminación al establecer que “no se pueden establecer reevaluaciones de pasividades que sean inferiores a un índice común, en este caso el Índice Medio de Salarios, sin

⁴³⁶“El Comité [DESC] expresa su preocupación porque el sistema de seguridad social beneficia a menos de la tercera parte de la población, ya que excluye en especial a los grupos que no perciben ingresos”, Comité DESC, Recomendaciones Finales sobre Honduras, E/C.12/1/Add.57, de 21 de mayo de 2001, párr. 19.

⁴³⁷ Así por ejemplo la preocupación mostrada por el Comité DESC con respecto a la situación de disparidad que existe entre la población rural y la población urbana en cuanto al acceso a los servicios de la seguridad social en Guatemala. Comité DESC, Observaciones Finales sobre Guatemala, E/C.12/1/Add.93, de 12 de diciembre de 2003, párr. 17.

⁴³⁸ Se alega en el caso que, a consecuencia de la aprobación de un Decreto, miles de pasivos no recibieron los ajustes que les hubiera correspondido de haber aplicado los aumentos de salarios conforme al Índice Medio de Salarios a las prestaciones por jubilación. A “criterio de los peticionantes los únicos habitantes de la República, con derechos adquiridos según la normativa legal interna, que no son considerados con igual criterio, son los integrantes de las clases pasivas, agraviadas por el tratamiento desigual que les da el Poder Ejecutivo. Y de ello, alegan, son víctimas más de 600.000 personas, o sea un 20% de la población, cuando ya están transitando la etapa de declinación en la vida, sin perspectiva alguna de recomenzar toda forma de esfuerzo”.

⁴³⁹ CIDH, Informe N° 90/90, Caso 9893, Uruguay. Considerando 23.

crear discriminaciones que violarían el principio de igualdad ante la ley que consagra el Artículo 24 de la [CADH]⁴⁴⁰.

A pesar de las regulaciones que del derecho a la seguridad se han hecho a lo largo de todo este tiempo de vigencia de normativa internacional concerniente al mismo, se puede decir que no existe un modelo único de seguridad social que puede entenderse como el correcto. En este sentido, la regulación del derecho a la seguridad social se ha ido desarrollando y adaptándose a las necesidades específicas del tiempo y el lugar del que se trate, así, “cada sociedad debe determinar como asegurar la seguridad de ingresos y el acceso a la asistencia médica de la mejor manera posible. Esas elecciones reflejarán sus valores sociales y culturales, su historia, sus instituciones y su nivel de desarrollo económico”⁴⁴¹. Todo ello teniendo en cuenta que todos los sistemas deben ajustarse a los principios básicos, esto es progresividad, equidad y no discriminación.

El Comité DESC en su borrador de Observación General N. 20 (16 de febrero de 2006), estableció que para garantizar el derecho a la seguridad social es necesario un sistema establecido, compuesto de uno o varios planes, sobre el cual las autoridades nacionales asuman la responsabilidad de su administración o supervisión eficaz. Debe ser al mismo tiempo un sistema sostenible, de manera que futuras generaciones puedan ejercitar este derecho, y además debe ofrecer cobertura por seguridad del ingreso, acceso a la atención de salud y apoyo familiar, con posibilidad de que otros riesgos queden también cubiertos. Por otro lado, las prestaciones deben ser suficientes, en términos de importe y duración, a fin de que

⁴⁴⁰Supra, Considerando 25.

⁴⁴¹ILO. *Resolution concerning Social Security*; The General Conference of the International Labour Organization. Resolutions and conclusions concerning social security, international labour conference, 89th Session, 2001. Párr. 4. <http://www.ilo.org/public/english/protection/secsoc/downloads/353sp1.pdf> (Traducción de los autores. El texto original dice “[e]ach society must determine how best to ensure income security and access to health care. These choices will reflect their social and cultural values, their history, their institutions and their level of economic development”).

todos puedan ejercitar sus derechos a la protección familiar, condiciones de vida adecuadas y acceso suficiente a la atención de salud, sin perjuicio de que se puedan utilizar diversos métodos para la determinación de prestaciones y teniendo en cuenta que los criterios aplicables deben ser revisados periódicamente para que los beneficiarios puedan obtener sus prestaciones básicas. Por último estableció como elemento del derecho a la seguridad social la accesibilidad, de modo que todas las personas, incluidas las pertenecientes a sectores más desfavorecidos, queden cubiertas por el sistema de seguridad social; las contribuciones deben definirse por adelantado si el plan de seguridad social requiere contribuciones de empleados u otros beneficiarios; y además los beneficiarios deben poder participar en la administración del sistema, el cual debe ofrecerles el derecho de interponer recursos y permitirles el derecho de buscar, recibir y distribuir información sobre cuestiones relativas a la seguridad social.

De otra parte, en dicho borrador el Comité DESC propone algunas de las obligaciones básicas en relación con el derecho a la seguridad social, las cuales tienen efecto inmediato. Según la propuesta sometida a discusión, los Estados deben garantizar el acceso a un nivel esencial mínimo de seguridad social, indispensable para adquirir agua y servicios de saneamiento, alimentos, atención primaria de salud esencial y refugio y vivienda básicos así como formas fundamentales de educación; asegurar el derecho de acceso a planes de seguridad social sobre una base no discriminatoria; adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre la seguridad social para toda la población, revisados periódicamente a través de un proceso participativo y transparente, que contengan información sobre indicadores y niveles de referencia que permitan seguir de cerca los progresos realizados; vigilar el grado de realización o no del derecho; y adoptar programas de asistencia social o de otro tipo para protección de grupos vulnerables y marginados.

Debido al amplio espectro de modalidades que contiene el derecho a la seguridad social, procedemos a la división de su

análisis conforme a la estructura establecida en el convenio 102 de la OIT.

- a) Asistencia médica. Los Estados deben garantizar asistencia médica, de carácter preventivo o curativo, cuando así lo requieran las personas protegidas (Art. 7), lo cual incluye todo estado mórbido, –debe comprender asistencia médica, asistencia por especialistas, suministro de productos farmacéuticos, hospitalización–, embarazo, parto y sus consecuencias (Art. 8), –debe comprender asistencia prenatal, durante el parto y puerperal, y la hospitalización–. Todo ello con el objeto de “conservar, restablecer o mejorar la salud de la persona protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales”, (Art. 10.3). El Convenio establece una serie de condiciones para el disfrute de estas garantías y límites al mismo⁴⁴².
- b) Prestaciones Monetarias por enfermedad. La OIT establece que en caso de que, por un estado de enfermedad, la persona se encuentre con incapacidad para trabajar, el Estado deberá conceder prestaciones monetarias para paliar la suspensión de ganancias que entraña esa incapacidad (artículos 13 y 14). Se trata pues de una abstención del trabajo exigida por prescripción médica, en estados agudos causados por enfermedad o lesiones que exijan tratamiento o vigilancia médica⁴⁴³.
- c) Prestaciones por desempleo. Los Estados deberán garantizar la concesión de prestaciones en los casos de suspensión de ganancias, acorde con la legislación nacional, como consecuencia de la imposibilidad de

⁴⁴²Ver por ejemplo, artículos 11 y 12, los cuales establecen la necesidad de haber cumplido un periodo de calificación, para evitar abusos, así como la posibilidad de limitar la duración de las prestaciones.

⁴⁴³Recomendación 67 sobre la seguridad de los medios de vida, 1944, OIT, párr. 9.

obtener un empleo “conveniente⁴⁴⁴ en el caso de una persona protegida que sea apta para trabajar y esté disponible para el trabajo”, artículos 19 y 20. Más concretamente “[l]a prestación de desempleo debería pagarse cuando la pérdida de la ganancia se deba al desempleo de un asegurado que habitualmente esté empleado, sea capaz de trabajar regularmente en alguna profesión y busque un trabajo conveniente, o cuando la cause un desempleo parcial⁴⁴⁵. Esta prestación consiste en un pago periódico calculado teniendo en cuenta diferentes disposiciones del Convenio⁴⁴⁶. También se aplican condiciones y límites al disfrute de estas prestaciones⁴⁴⁷.

- d) Prestaciones por vejez. Se trata de la prestación que cubre “la supervivencia más allá de una edad prescrita⁴⁴⁸, con posibilidad de excepciones al límite, máximo o mínimo, que se establezca. La cantidad de la prestación, la cual debe ser calculada teniendo en cuenta diferentes disposiciones, deberá garantizarse al

⁴⁴⁴Debe considerarse empleo conveniente en un periodo inicial únicamente: a) un empleo en el trabajo habitual del asegurado, en un lugar que no entrañe un cambio de residencia, retribuido con la tasa vigente de salarios, fijada por un contrato colectivo, o cuando éste sea aplicable, b) otro empleo aceptable para el asegurado. Después de este periodo se tienen en consideración otros factores para determinar si un empleo es conveniente. Recomendación 67 sobre la seguridad de los medios de vida, 1944, OIT, párr. 14.3) del Anexo principios normativos y sugerencias para su aplicación.

⁴⁴⁵Recomendación 67 sobre la seguridad de los medios de vida, 1944, OIT, párr. 14 del Anexo principios normativos y sugerencias para su aplicación.

⁴⁴⁶Ver Art. 22, en relación con los artículos 65, 66 y 67.

⁴⁴⁷Ver artículos 22 y 23.

⁴⁴⁸La OIT ha establecido que esa “edad prescrita” debería “ser aquella en la que comúnmente las personas son incapaces de efectuar un trabajo eficiente, en la que la incidencia de la enfermedad y de la invalidez es elevada y en la que el desempleo, si lo hubiere, sería probablemente permanente”. Recomendación 67 sobre la seguridad de los medios de vida, 1944, OIT, párr. 12 del Anexo principios normativos y sugerencias para su aplicación.

menos a las personas que hayan cumplido un periodo de calificación (Art. 29). En todo caso, deberá garantizarse una prestación reducida a las personas de edad avanzada que no hayan podido cumplir con las condiciones de un periodo mínimo de cotización o empleo, a menos que haya otro tipo de prestación a tales personas a una edad más elevada (Art. 29.5).

- e) Prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional. Consiste en la concesión de prestaciones en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional con el objeto de conservar, restablecer o mejorar la salud de la persona protegida. Se trata de una indemnización por los daños causados por el trabajo, que no hayan sido provocados deliberadamente o por falta grave o intencional de la víctima, incluyendo los daños ocurridos cuando se va y cuando se regresa al trabajo⁴⁴⁹. Esta prestación debe cubrir el estado de enfermedad, la incapacidad para trabajar causada por ese estado, la pérdida total o parcial de capacidad para ganar, la pérdida de medios de existencia por parte de la viuda o hijos causada por la muerte del sostén familiar (artículos 31, 32 y 34.4). “Cualquier enfermedad que padezcan frecuentemente sólo las personas empleadas en ciertos trabajo, o que constituya una intoxicación por una sustancia usada en ciertos trabajos, debería presumirse que es una enfermedad de origen profesional, y dar lugar a una indemnización, si la persona que sufre tal enfermedad estaba empleada en uno de dichos trabajos”⁴⁵⁰.

Se trata pues de asistencia médica que debe cubrir el

⁴⁴⁹Recomendación 67 sobre la seguridad de los medios de vida, 1944, OIT, párr. 16 del Anexo principios normativos y sugerencias para su aplicación.

⁴⁵⁰Ibíd.

tratamiento médico general y de especialistas, incluidos miembros de otras profesiones conexas con la profesión médica, asistencia odontológica y suministro de material odontológico, asistencia por enfermeras, mantenimiento en un hospital u otra institución médica, suministro de material farmacéutico, médico y quirúrgico (artículo 34). Puede consistir en pagos periódicos o capital pagado en una sola vez, dependiendo de las circunstancias (Art. 36.3).

- f) Prestaciones por maternidad. Se trata de la concesión de prestaciones de maternidad por embarazo, parto y sus consecuencias y la suspensión de ganancias resultante de los mismos (Art. 47) con el objeto de conservar, restablecer o mejorar la salud de la mujer protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales (Art. 49.3). Esta prestación debe cubrir la asistencia prenatal, durante el parto y la asistencia puerperal y la hospitalización necesaria (Art. 49). La mujer tiene derecho a abandonar el trabajo si presenta certificado médico que declare que el parto sobrevendrá en un término de, aproximadamente, seis semanas, pudiendo ausentarse por un periodo determinado en las legislaciones nacionales
- g) Prestaciones de invalidez. Los Estados deben garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones

de invalidez que comprendan la incapacidad para ejercer una actividad profesional cuando sea probable que la misma sea permanente o subsista después de cesar las prestaciones monetarias de la enfermedad (artículos 53 y 54). La OIT ha establecido por otra parte que “[d]ebería exigirse a las personas cuya capacidad para el trabajo esté reducida que acepten un empleo que razonablemente puedan efectuar, habida cuenta de las fuerzas y aptitudes que aún posean, su experiencia anterior y de las facilidades de formación a su alcance”.

- h) Prestaciones de sobrevivientes. Los Estados deben garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de sobrevivientes, la cual debe comprender la pérdida de medios de existencia sufrida por la viuda o los hijos como consecuencia de la muerte del sostén de su familia (artículos 59 y 60)⁴⁵¹.

A estos nueve puntos básicos relativos al derecho a la seguridad social, la OIT añadió en su recomendación 67 prestaciones por gastos extraordinarios. De acuerdo con esto,

[d]eberían otorgarse prestaciones por gastos extraordinarios, que no estén previsto en otra forma, en caso de enfermedad, maternidad, invalidez y muerte [:]

- a) [...] ayuda doméstica necesaria, o una prestación en dinero para obtenerla, durante la hospitalización de la madre con los hijos a su cargo, que esté asegurada o casada con un asegurado y no reciba ninguna prestación en sustitución de sus ganancias.
- b) [...] pagarse a la asegurada y a la mujer del asegurado una suma fija, al nacimiento de un hijo, para sufragar el costo de una canastilla y gastos similares.
- c) [...] suplemento especial a los beneficiarios de una

⁴⁵¹ Estas razones seguramente parte de suponer al hombre como “sostén de la familia”. Entendemos que aunque sólo se habla de “viuda”, en razón de la obligación de los Estados de garantizar los derechos sin discriminación y del derecho a la igualdad, tales consideraciones también debe ser aplicables a “viudos” que pierden sus medios de existencia por la pérdida de su esposa.

prestación de invalidez o de vejez que necesite ayuda constante.

- d) [...] suma fija a la muerte de un asegurado, de su cónyuge, o de un hijo que esté a cargo del asegurado, para sufragar los gastos funerarios.

4.7.4 Grupos de especial protección

Los Estados deben prestar especial atención a las necesidades de grupos en situaciones desventajosas a la hora de diseñar políticas y garantizar el derecho a la seguridad social⁴⁵². En este sentido, el Comité DESC ha establecido que los Estados deben tener en cuenta las necesidades de los grupos más desvalidos y marginados en el sistema de seguridad social y en las medidas de desarrollo social⁴⁵³. Así, por ejemplo, “[l]os inválidos, ancianos y viudas que no reciban prestaciones del seguro social porque ellos o sus cónyuges, según sea en caso, no estuvieron obligatoriamente asegurados, y cuyas entradas no excedan de un nivel prescrito, deberían tener derecho a una asignación especial de manutención de cuantía determinada”⁴⁵⁴.

⁴⁵² Estos grupos generalmente coinciden con aquellas personas que trabajan en el sector informal o no estructurado. “The fundamental challenge posed by the informal economy is how to integrate it into the formal economy. This is a matter of equity and social solidarity. Policies must encourage movement away from the informal economy. Support for vulnerable groups in the informal economy should be financed by society as a whole”. OIT, *Social Security: A new consensus*. Resolution and conclusions concerning social security, international Labour Conference, 89th Session, 2001. Página 2.

⁴⁵³ Comité DESC, Observaciones Finales sobre Brasil, E/C.12/Add.87/, de 26 de junio de 2003, párr. 50.

⁴⁵⁴ Recomendación 67 sobre la seguridad de los medios de vida, 1944, OIT, párr. 29. También la OIT estableció que “[o]f highest priority are policies and initiatives which can bring social security to those who are not covered by existing systems. In many countries these include employees in small workplaces, the self-employed, migrant workers, and people –many of them women– active in the informal economy. When coverage cannot be immediately provided to these groups, insurance –where appropriate on a voluntary basis– or other measures such as social assistance could be introduced and extended and integrated

Las **mujeres** pertenecen a uno de esos grupos que se encuentran en situación desventajosa que condiciona su pleno disfrute al derecho a la seguridad social.

Las instituciones formales de seguridad social no son, en general, los primeros proveedores/soportes en momentos de necesidad. En la mayoría de los casos, los recursos personales, la comunidad, las asociaciones locales, la familia y especialmente las mujeres reciben la mayor parte de la carga de cuidar a los ancianos, criar a los niños y cuidar a los enfermos. [...E]n general las mujeres trabajan 12-13 horas a la semana más que los hombres en América Latina, debido a sus dos tipos de responsabilidades [...L]as mujeres en América Latina están considerablemente/fuertemente representadas en los grupos más vulnerables de la población [...] Una consecuencia de estas condiciones es la acumulación de brechas en los periodos de contribución a la seguridad de las mujeres y, como las condiciones de la seguridad social tienden a volverse más estrictas en el futuro, uno debiera preguntarse si las mujeres merecen un trato especial en reconocimiento a sus contribuciones directas al cuidado de los enfermos, los jóvenes y los mayores para evitar así una exclusión a la seguridad social no buscada y quedar expuestas al peligro de la pobreza⁴⁵⁵.

into the social security system at a later stage when the value of the benefits has been demonstrated and it is economically sustainable to do so. Certain groups have different needs and some have very low contributory capacity. The successful extension of social security requires that these differences be taken into account. The potential of microinsurance should also be rigorously explored: even if it cannot be the basis of a comprehensive social security system, it could be a useful first step, particularly in responding to people's urgent need for improved access to health care. Policies and initiatives on the extension of coverage should be taken within the context of an integrated national social security strategy. En ILO. *Resolution concerning Social Security*; The General Conference of the International Labour Organization. Resolutions and conclusions concerning social security, international labour conference, 89th Session, 2001. Párr. 5. <http://www.ilo.org/public/english/protection/secsoc/downloads/353sp1.pdf>.

⁴⁵⁵ Manfred Nitsch, Helmut Schwarzer, *Recent Developments in Financing social security in Latin America*, 1996, Issues in Social Protection, Discussion Paper No. 1, ILO. Páginas 5 y 6. Ver también al respecto

El propio Comité DESC en diferentes informes ha prestado especial atención a la situación de las mujeres en muchos países, las cuales se ven particularmente afectadas al pertenecer en gran medida al sector de la población que no trabaja en la economía estructurada o no puede hacer contribuciones suficientes al sistema para el disfrute pleno del derecho a la seguridad social⁴⁵⁶. Así, por ejemplo, el Comité DESC mostró su preocupación con respecto a la situación de las mujeres en Chile, ya que “las ‘amas de casa’ y alrededor del 40% de las mujeres trabajadoras no cotizan en el plan de la seguridad social y por consiguiente no tienen derecho a prestaciones de vejez”⁴⁵⁷. Por otro lado, en muchos casos, aún

ILO. *Resolution concerning Social Security*; The General Conference of the International Labour Organization. Resolutions and conclusions concerning social security, international labour conference, 89th Session, 2001. Párr. 8. <http://www.ilo.org/public/english/protection/secsoc/downloads/353sp1.pdf> (Traducción de los autores. El texto original dice “Formal institutions of social security are generally not the first providers in moments of need. In most cases, personal resources, community, local associations, the family and herein especially women take a large part of the burden of caring for the elderly, raising children and nursing the sick. [...] [I]n general women work 12-13 hours/week more than men in Latin America, due to their twin set of responsibilities [...] women in Latin America are strongly represented in the most vulnerable population groups [...]. A consequence of these conditions is an accumulation of gaps in the social security contribution periods of women and, as entitlement conditions tend to become stricter in the future, one should ask if women deserve special treatment in recognition for their direct contributions to the care of the sick, young and elderly to avoid an unintended exclusion from social security and exposure to the danger of poverty”).

⁴⁵⁶ En países como Rumania los cambios en el mercado de trabajo han provocado que un número muy elevado de mujeres pasaran de la situación de actividad laboral a una situación de inactividad, lo que produce un bajo nivel de ingresos, derecho a la seguridad social más restringido y un alto índice de dependencia económica. Asimismo, un alto porcentaje de mujeres no tiene una profesión o empleo fuera del hogar, trabajando únicamente como amas de casa. En este sentido, “while it is not known what portion of housewives would accept employment if it were available, there is no doubt that this large group of women without professional activity reflects strong continuing gender inequality in Romanian society”. Ver Elaine Fultz, *The gender dimension of social security reform*, volume 2, Case Studies of Romania and Slovenia, 2006. ILO/CEET, p. 13.

⁴⁵⁷ Comité DESC, Observaciones Finales sobre Chile, E/c.12/Add.105/, de 1 de diciembre de 2004, párr. 19.

teniendo las mujeres acceso a la seguridad social, éstas tienen sin embargo acceso a pensiones medias inferiores a aquellas que reciben los hombres⁴⁵⁸.

Otro de los aspectos clave en el ámbito del derecho a la seguridad social y la mujer, está relacionado con la maternidad, en este sentido, “[l]a prestación de maternidad debería pagarse cuando la pérdida de la ganancia sea debida a la abstención del trabajo durante periodos determinados, antes y después del parto”⁴⁵⁹.

“En América Latina no ha evolucionado aun una perspectiva sobre la seguridad social que permita a las mujeres conciliar la vida productiva y sus particularidades en relación a la reproducción con una integración en el desarrollo”⁴⁶⁰. En este sentido:

[C]omo resultado del incremento vasto de la participación de la mujer en la fuerza laboral y el cambio de roles de hombres y mujeres, los sistemas de seguridad social originalmente basados en el modelo de sustento masculino, corresponde cada vez menos y menos a las necesidades de muchas sociedades. La seguridad social y los servicios sociales deben estar diseñados en base a la igualdad entre hombres y mujeres. Las medidas que facilitan el acceso de las mujeres al empleo sostendrán/apoyarán la tendencia a conceder, por derecho propio, los beneficios de la seguridad social a las mujeres, en vez de a sus dependientes. La naturaleza de las necesidades de los sobrevivientes beneficiarios necesita ser reexaminada y, en caso de reforma, deberían llevarse a cabo

⁴⁵⁸ En el caso de Chile, por ejemplo, porque se jubilan cinco años antes, supra, párr. 19.

⁴⁵⁹ Recomendación 67 sobre la seguridad de los medios de vida, 1944, OIT, párr. 10.

⁴⁶⁰ Manfred Nitsch, Helmut Schwarzer, *Recent Developments in financing social security in Latin America*, 1996, Issues in Social Protection, Discussion Paper No. 1, ILO, p. 29. (Traducción de los autores, el texto original dice “[a] gender perspective in social security in Latin America has not yet evolved which allow women to conciliate productive life and reproductive specificities with an integration into development”).

medidas transitorias provisionales adecuadas para proteger a las mujeres cuyas vidas y expectativas se han basado en patrones del pasado⁴⁶¹.

El Comité DESC en el mencionado borrador de Observación General 20 (16 de febrero de 2006) resaltó la importancia de la igualdad de género y la garantía del derecho de la mujer a la seguridad social. En este sentido, dicho borrador recoge la obligación de los Estados de igualar la edad obligatoria de jubilación para hombres y mujeres, de velar por que las mujeres reciban las mismas prestaciones de los sistemas públicos y privados de pensiones, y a garantizar individualmente el derecho a la licencia de paternidad o de maternidad y la licencia compartida por ambos, aspectos ya señalados anteriormente en la Observación General 16. Asimismo, en el mismo proyecto, el Comité estableció la necesidad de que los Estados adopten medidas para corregir los factores que impiden a las mujeres aportar contribuciones equivalentes, a fin de asegurar que las mujeres reciban las mismas prestaciones a las contribuciones.

En cuanto a los niños, cabe decir que “todos los niños deben estar asegurados en virtud de cotizaciones pagadas por los

⁴⁶¹ OIT, *Social Security: A New Consensus*. Resolution and conclusions concerning social security, international Labour Conference, 89th Session, 2001, p. 3. (Traducción de los autores. El texto original dice “[a]s a result of the vastly increased participation of women in the labour force and the changing roles of men and women, social security systems originally based on the male breadwinner model correspond less and less to the needs of many societies. Social security and social services should be designed on the basis of equality of men and women. Measures which facilitate the access of women to employment will support the trend towards granting women social security benefits in their own right, rather than as dependants. The nature of survivors’ benefits needs to be kept under review and, in the event of reform, appropriate transitional provisions must be made to protect women whose life and expectations have been based on the patterns of the past”). Para más profundización sobre este tema ver punto 4 del mismo documento en el que se trata específicamente la seguridad social desde una perspectiva de género.

adultos asegurados, sin que suponga para estos adultos, que son los padres o tutores, el pago de una cotización adicional”⁴⁶².

En cuanto a los **pueblos indígenas**, el Convenio 169 de la OIT establece en su artículo 24 que “los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna”. Los Estados tiene la obligación de extender los sistemas de seguridad social a los pueblos indígenas, de manera que estos grupos tengan acceso a este derecho sin discriminación alguna, haciéndolo de manera coordinada con los servicios de salud y demás políticas públicas sociales, económicas y culturales existentes en el país⁴⁶³. Más aún, los Estados deberán tomar las medidas necesarias para evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos indígenas y los demás trabajadores en lo que respecta a la asistencia médica y social y demás prestaciones de seguridad social⁴⁶⁴.

4.7.5 Temáticas relevantes

Uno de los problemas a los que se enfrenta la garantía internacional del derecho a la seguridad es la adopción de políticas por parte de los Estados tendentes a transferir algunas de las responsabilidades en materia de seguridad social al sector privado.

El desmantelamiento de estructuras tripartitas o de la seguridad social operadas por los gobiernos en favor de fondos privados tienen, por supuesto, efectos en las estructuras macroeconómicas y el equilibrio de poder en la sociedad. Estos efectos a largo plazo no pueden ser evaluados, pero experiencias iniciales sugieren que grupos financieros, conglomerados nacionales y grupos financieros

⁴⁶²OIT, Recomendación 69 sobre la asistencia médica, de 1944. Párrs. 15 y 16.

⁴⁶³OIT, Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989. Artículos 24 y 25.4.

⁴⁶⁴Supra. Art. 20. 2. c).

internacionales han sido capaces de jugar papeles mejorados en mercados financieros de oligopolios. Por ello, sería esencial establecer supervisión de sus actividades y quizás, en última instancia, imponer condiciones sobre esos fondos, para asignarlos a roles positivos en el desarrollo socioeconómico y prevenir el abandono de sus responsabilidades sociales. Lo mismo es válido para los fondos públicos y tripartitos, que del mismo modo requieren estructuras de buen gobierno para prevenir su degeneración en Estados dentro del Estado⁴⁶⁵.

Así por ejemplo, el Comité DESC mencionó con preocupación el hecho de que la administración salvadoreña otorgó la administración del fondo de pensiones a organismos privados “eliminado el principio de solidaridad del sistema de redistributivo”⁴⁶⁶; también mostró preocupación el Comité DESC por “la privatización del régimen de seguridad social, que podría privar de ciertas prestaciones a quien no pueda hacer aportaciones a una cuenta particular de pensión, como los desempleados, los subempleados, los obreros de más escasos ingresos y quien trabaja en el sector no estructurado”⁴⁶⁷. Preocupación semejante a aquellas fue objeto de mención en el

⁴⁶⁵ Manfred Nitsch, Helmut Schwarzer, *Recent Developments in Financing social security in Latin America*, 1996, Issues in Social Protection, Discussion Paper No. 1, ILO. Página 29 (Traducción de los autores. El texto original dice “[t]he dismantling of tripartite or government-run social security structures in favour of private funds has, of course, effects on the macro-structures and the balance of power in a society. Such long-term effects can not be evaluated, but initial experience suggests that ‘grupos financieros’, national conglomerates and international financial groups have been able to play enhanced roles in oligopolized financial markets. Thus it would be essential to establish supervision of their activities and perhaps ultimately imposing conditions upon those funds, to commit them to a positive role in socio-economic progress and preventing their withdrawal from social responsibilities. The same is also valid for public and tripartite funds, that likewise require ‘good governance’ structures, in order to prevent their degeneration into ‘states within the State’”).

⁴⁶⁶ Comité DESC, Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones finales del Comité DESC, el Salvador, E/C.12/SLV/CO/2, de noviembre de 2006, párr. 15.

⁴⁶⁷ Comité DESC, Recomendaciones Finales sobre México, E/C.12/1/Add.41, de 8 de diciembre de 1999, párr.24.

día de discusión general sobre el derecho a la seguridad social llevado a cabo por el Comité DESC en mayo de 2006⁴⁶⁸, en el que se discutía sobre el borrador de observación general sobre el Art. 9.

En dicha reunión se habló de diferentes aspectos del derecho a la seguridad social de relevancia para la definición, análisis y concreción de lo que el Comité DESC debe entender como derecho a la seguridad social. Destacan entre esos asuntos clave⁴⁶⁹, los cuales deberían ser incluidos en una Observación General sobre el derecho recogido en el Art. 9, los siguientes:

- Cómo asegurar la consecución del derecho a la seguridad social para aquellos trabajando en el sector informal.
- Definir un concepto de paquete de mínimos abarcado por el derecho a la seguridad social acorde con los convenios de la OIT.
- La necesidad de definir el alcance material de aplicación y cobertura del derecho a la seguridad social.
- La inclusión de referencia a los conflictos militares y situaciones de emergencia.
- La necesidad de determinar los nexos entre los artículos 9 y 11 del Pacto.
- La cuestión de medidas no regresivas.
- Asistencia médica de emergencia para migrantes ilegales.
- Definición del derecho en cuestión.

La OIT en su recomendación 67⁴⁷⁰ formuló ciertos principios generales para lograr la seguridad de los medios de vida, las bases de esos principios generales son:

⁴⁶⁸Supra., párr. 10.

⁴⁶⁹Día de Discusión General sobre el Derecho a la seguridad social, E/2007/CPR.3, párr. 24.

⁴⁷⁰Recomendación 67 sobre la seguridad de los medios de vida, 1944, OIT.

- Los regímenes de seguridad de los medios de vida deberían aliviar el estado de necesidad e impedir la miseria, restableciendo, en un nivel razonable, las entradas perdidas a causa de la incapacidad para trabajar (comprendida la vejez), o para obtener trabajo remunerado o a causa de la muerte del jefe de familia.
- Debe organizarse a base del seguro social obligatorio, según el cual los asegurados que hayan cumplido todas las condiciones exigidas tendrán derecho, en los casos previstos por la ley, en virtud de las cotizaciones que hayan pagado a una institución de seguro social, a prestaciones pagaderas de acuerdo con la tasa fijada por la ley.
- Las necesidades que estén cubiertas por el seguro social obligatorio deberían estarlo por la asistencia social⁴⁷¹; y ciertas categorías de personas, especialmente los niños, inválidos, ancianos y viudas necesitados, deberían tener derecho a asignaciones de una cuantía razonable, de acuerdo con el baremo establecido.
- Debería proporcionarse asistencia, de acuerdo con las exigencias de cada caso, a otras personas que se encuentren en estado de necesidad

Para concluir, cabe recordar que el derecho a la seguridad social es un derecho de relevancia en el disfrute de niveles de vida en dignidad y del disfrute de demás derechos humanos. Su garantía condiciona, aparte de los demás derechos de los individuos, el crecimiento equitativo de las sociedades. Por ello la importancia de tomar medidas de garantía de este derecho, no olvidando por tanto que: “[u]no de los problemas

⁴⁷¹ Uno de los puntos en cuanto a la evolución del derecho a la seguridad social es el de la diferenciación entre asistencia social y seguridad social en si misma, en este sentido, “[w]hile the distinction between social security and social assistance was often of arbitrary nature and needed to be revisited, the underlying obligation for status parties is to ensure that a reasonable number of risks are covered for a significant part of the population, and that the services provided covered at least the basic needs of the beneficiaries”, Día de Discusión General sobre el Derecho a la Seguridad social, E/2007/CPR.3, párr. 11.

globales clave a los que se enfrenta la seguridad social hoy en día es el hecho de que más de la mitad de la población mundial (trabajadores y sus dependientes) está excluida de cualquier tipo de protección de seguridad social. No están protegidos ni por seguros sociales basados en contribuciones ni por beneficios sociales financiados por impuestos, mientras una proporción adicional significativa está cubierta solo para algunas pocas eventualidades”⁴⁷².

4.8 Derecho a la educación

El acceso de todas las personas a la educación⁴⁷³ hace a la dignidad de su existencia, siendo, además, un bien de importancia

⁴⁷²OIT, *Social Security: A New Consensus*. Resolution and conclusions concerning social security, international Labour Conference, 89th Session, 2001. Página 33. <http://www.ilo.org/public/english/protection/secsoc/downloads/353sp1.pdf>. (Traducción de los autores. El texto original dice “[o]ne of the key global problems facing social security today is the fact that more than half of the world’s population (workers and their dependants) is excluded from any type of social security protection. They are covered neither by a contribution-based social insurance scheme nor by tax-financed social benefits, while a significant additional proportion are covered for only a few contingencies”).

⁴⁷³El derecho a la educación se encuentra reconocido en los principales instrumentos de protección de los derechos humanos de los sistemas universal y americano: la DUDH (artículo 26), el PIDESC (artículos 13 y 14), la DADD (artículo XII), la CADH (artículo 26 en conexión con los artículos 34 h), 47, 48, 49, 50 y 52 de la Carta de la OEA) y el PSS (artículo 13). De acuerdo al Comité DESC, la enunciación más amplia del derecho es la realizada por el PIDESC (Cfr. *Observación General No 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*. 21 período de sesiones. Documento ONU E/C.12/1999/10. 1999, párr. 2). La norma pertinente reza: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de

para la sociedad. En el primer aspecto, en palabras del Comité DESC, “disponer de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud del pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana” (Observación General No. 13, párrafo 1). Además, desde un punto de vista práctico, la educación será el medio que permitirá a hombres

cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. 4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párr. 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado”. Además, dice el artículo 14 del mismo instrumento que: “Todo Estado Parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos”. Otros documentos internacionales son trascendentes para interpretar el contenido de este derecho. Entre ellos, podemos contar los siguientes: la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos de Niño, la Declaración Mundial sobre Educación para Todos (aprobada en la Conferencia Mundial sobre Educación para Todos realizada en Jomtien, Tailandia, en marzo de 1990), la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en su 11ª reunión, 14 de diciembre de 1960, París), la Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte (aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en su 20ª reunión, 21 de noviembre de 1978, París.), la Convención sobre la Enseñanza Técnica y Profesional (aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en su 25ª reunión, 10 de noviembre de 1989, París) y la Declaración de Hamburgo sobre la Educación de Adultos (aprobada en la quinta Conferencia Internacional sobre Educación de Adultos, 18 de julio de 1997, Hamburgo).

y mujeres salir o evitar la pobreza, facilitando, de ese modo, la satisfacción del resto de sus derechos humanos⁴⁷⁴. En el segundo aspecto, porque, como lo ha marcado la ONU a través de su Asamblea General, “[l]a educación, a todos los niveles es uno de los medios fundamentales para edificar una cultura de paz”⁴⁷⁵. Asimismo, en palabras de la CIDH, la educación “es la herramienta fundamental para el desarrollo sostenible”⁴⁷⁶ y, como veremos, posibilita el ejercicio de los derechos humanos y ayuda a evitar su vulneración.

Si bien desde un punto de vista conceptual el término “educación” es muy amplio, y bien podría abarcar la idea de cualquier “aprendizaje” que una persona pudiese obtener⁴⁷⁷, no es lo mismo en el sentido del derecho. El derecho a la educación, refiere al deber de los Estados de desarrollar y

⁴⁷⁴ Cfr. Comité DESC, *Observación General No. 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*. 21 período de sesiones. Documento ONU E/C.12/1999/10. 1999, párr. 1. Asamblea General de la ONU, resoluciones 6/116 de 19 de diciembre de 2001 y 59/149 de 1 de febrero de 2005, entre otras.

⁴⁷⁵ *Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz*. Resolución 53/243 de 6 de octubre de 1999. Doc A RES/53/243, artículo 4. Este documento conceptúa a la “cultura de paz” como un “conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida basados en”, entre otros, el respeto a la vida, la práctica de no-violencia, el respeto a la soberanía e independencia de los Estados, el respeto y promoción de los derechos humanos, la protección del medio ambiente, el respeto y promoción del derecho al desarrollo, el respeto y el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, el respeto y el fomento de la libertad de expresión, opinión e información y la adhesión, entre otros, a los principios de tolerancia, libertad, justicia, democracia, diversidad cultural, solidaridad y pluralismo (artículo 1). Igualmente, en la Declaración del Milenio, los Estados consideraron que “[s]e debe promover activamente una cultura de paz y diálogo entre todas las civilizaciones” a efectos de lograr la tolerancias, valor que estimaron esencial para las relaciones internacionales en el siglo XXI (párr. 6).

⁴⁷⁶ *Quinto Informe sobre los Derechos Humanos en Guatemala*. OEA/Ser. L/V/II.111 Doc. 21 rev. 6 abril 2001, párr. 24.

⁴⁷⁷ De acuerdo al diccionario, “educación” es la “[c]rianza, enseñanza y doctrina que se da a un individuo”. (Diccionario Cumbre de la Lengua Española. Ed. Everest, S. A. Séptima Edición. España. 2001.

mantener un sistema de instituciones educativas a fin de proveer educación a todas las personas⁴⁷⁸.

El derecho a la educación se vincula, además de al Estado, a tres sujetos: el que recibe educación, el que la brinda y, eventualmente, aquél que sea legalmente responsable del primero⁴⁷⁹. Puede hablarse entonces, respectivamente, de los derechos a recibir enseñanza, a brindarla y, genéricamente, del derecho de los padres (o tutores) de elegir la educación de sus hijos. A continuación nos centraremos en el primero de los derechos enunciados. No obstante, resulta necesario decir que los Estados deberán respetar el ejercicio de los segundos⁴⁸⁰, vinculados íntimamente a los derechos a la libertad de expresión o de conciencia y religión, sin perjuicio de reglamentarlos o limitarlos de acuerdo a pautas legales. Las mismas, a su vez, deberán ser respetuosas de los derechos fundamentales y contestes con los objetivos que la educación debe tener, de acuerdo a las normas internacionales pertinentes, según lo señala el Comité DESC en la Observación General No. 13, párrafos 28 a 30.

4.8.1 Elementos esenciales⁴⁸¹

Como surge de las normas pertinentes, especialmente del PIDESC, el derecho a la educación abarca tanto la enseñanza

⁴⁷⁸ Cfr. Nowak, Manfred, “The Right to Education” en *Economic, Social and Cultural Rights* (Asbjorn Eide, Catarina Krause and Allan Rosas, Editores) Ed. Kluwer Law Internacional. 2001, págs. 245 a 271.

⁴⁷⁹ *Ibíd.*

⁴⁸⁰ Por ejemplo, un Estado no podría imponer la enseñanza obligatoria de determinada religión sin dar opciones alternativas; ello iría contra el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos y, eventualmente, contra el derecho a profesar su propia religión y a educar a sus hijos en ella. Por otra parte, una imposición de tales características sería probablemente contraria a los objetivos que debe tener la educación de acuerdo al artículo 13 del PIDESC.

⁴⁸¹ Una propuesta de sistematización del contenido esencial del derecho a la educación puede verse en Manuel Eduardo Góngora Mera, *El derecho a la educación en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2003.

fundamental y la primaria como la secundaria, la técnica y profesional y la superior.

La enseñanza fundamental es aquella correspondiente a las necesidades básicas de aprendizaje. De este modo, toda persona que no tenga satisfechas estas necesidades tiene derecho a tal tipo de enseñanza⁴⁸². Las necesidades básicas de aprendizaje, variables de acuerdo al transcurso del tiempo, cada cultura y cada país abarcan, de acuerdo a la Declaración Mundial de Educación para Todos: “tanto las herramientas esenciales para el aprendizaje (como la lectura y la escritura, la expresión oral, el cálculo, la solución de problemas) como los contenidos básicos del aprendizaje (conocimientos teóricos y prácticos, valores y actitudes) necesarios para que los seres humanos puedan sobrevivir, desarrollar plenamente sus capacidades, vivir y trabajar con dignidad, participar plenamente en el desarrollo, mejorar la calidad de su vida, tomar decisiones fundamentadas y continuar aprendiendo”⁴⁸³.

⁴⁸²Cfr. Comité DESC, *Observación General No 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*. 21 período de sesiones. Documento ONU E/C.12/1999/10. 1999, párr. 23. Esto no depende de la edad: el derecho a la educación no está solo en cabeza de niños y niñas. Al respecto, la Declaración de Hamburgo sobre Educación de Adultos dice que “[e]l reconocimiento del *derecho a la educación y el derecho a aprender* durante toda la vida es más que nunca una necesidad; es el derecho a leer y escribir, a indagar y analizar, a tener acceso a determinados recursos, y a desarrollar y practicar capacidades y competencias individuales y colectivas” (punto 12) y que “[e]n la actualidad hay en el mundo más personas de edad por habitante que nunca antes, y la proporción sigue en aumento. Estos adultos de edad pueden contribuir mucho al desarrollo de la sociedad. Por lo tanto, es importante que tengan la posibilidad de aprender en igualdad de condiciones y de maneras apropiadas. Sus capacidades y competencias deben ser reconocidas, valoradas y utilizadas” (punto 21).

⁴⁸³Artículo 1. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 6/116 resalta la importancia de la alfabetización y la educación básica, refiriendo que la alfabetización para todos es la esencia de la educación básica para todos, y que la creación de entornos y sociedades alfabetizados es esencial para lograr los objetivos de erradicar la pobreza, reducir la mortalidad infantil, poner coto al crecimiento de la población, lograr la igualdad entre los géneros y lograr el desarrollo sostenible, la paz y la democracia” (punto 7).

La enseñanza primaria es aquella que se imparte en la escuela primaria (Declaración Mundial de Educación para Todos, artículo 5) y constituye el principal modo de proveer educación básica fuera de la familia (Observación General No. 13, párrafo, Comité DESC). Por “educación básica” entiéndase aquella atinente a las necesidades básicas de educación.

Los Estados deben garantizar que la enseñanza primaria sea universal⁴⁸⁴, obligatoria⁴⁸⁵ y gratuita⁴⁸⁶. Asimismo, tal enseñanza debe “garantizar la satisfacción de las necesidades básicas del aprendizaje de todos los niños y tener en cuenta la cultura, las necesidades y las posibilidades de la comunidad”⁴⁸⁷.

El carácter de obligatoriedad de la enseñanza se refiere a los niños y a las niñas⁴⁸⁸, pero conlleva deberes para otras personas. Significa que aquellos que los tengan a su cargo o bajo su cuidado –padres, tutores, Estado– no pueden decidir de modo optativo sobre el acceso del niño o la niña a esta enseñanza; deben hacerlo de modo afirmativo, según señala el Comité DESC (Observación General No. 11, párrafo 6). De todos modos, no cualquier enseñanza es obligatoria, sino sólo aquella que sea pertinente para el niño o la niña, de una

⁴⁸⁴Cfr. Declaración Mundial de Educación para Todos, artículo 5.

⁴⁸⁵Cfr. PIDESC, artículo 13.2.a) y 14; DUDH, artículo 26.1; CADH, artículo 26 (en conexión con el artículo 49 a) de la Carta de la OEA); DADD, artículo XXXI; PSS, artículo 13.a). Comité DESC, *Observación General No 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*. 21 período de sesiones. Documento ONU E/C.12/1999/10. 1999, párr. 10.

⁴⁸⁶Cfr. PIDESC, artículo 13.2.a) y 14; DUDH, artículo 26.1; DADD, artículo XII; CADH, artículo 26 (en conexión con el artículo 49 a) de la Carta de la OEA); PSS, artículo 13.a). Comité DESC, *Observación General No 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*. 21 período de sesiones. Documento ONU E/C.12/1999/10. 1999, párr. 10.

⁴⁸⁷Declaración Mundial de Educación para Todos, artículo 5. Comité DESC, *Observación General No 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*. 21 período de sesiones. Documento ONU E/C.12/1999/10. 1999, párr. 9.

⁴⁸⁸Cfr. Declaración de los Derechos del Niño, principio 7.

calidad adecuada y que promueva la realización de otros de sus derechos, según señala la misma Observación General.

Que la enseñanza primaria sea gratuita significa, sin más, lo que la palabra indica. Debe haber instituciones de enseñanza primaria disponibles en las que no se exija una contraprestación económica para acceder a las mismas. Ha señalado la Corte IDH que, de acuerdo a los artículos 19 y 26 de la CADH, “el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual”⁴⁸⁹. Gastos indirectos –o sea, no referidos directamente al acceso a la institución– pueden, según el caso, ser violatorios del derechos, según el Comité DESC. El Relator Especial de Naciones Unidas para el derecho a la educación también se ha expresado en el mismo sentido, expresando que la existencia de tarifas es un impedimento para el ejercicio efectivo del derecho a la educación⁴⁹⁰.

La Observación General No. 11, en su párrafo 12 señala que la enseñanza secundaria “implica la conclusión de la educación básica y la consolidación de los fundamentos del desarrollo humano y del aprendizaje a lo largo de toda la vida”. El contenido de este tipo de educación es variable y presenta un mayor grado de flexibilidad que aquél correspondiente a la educación primaria, debiendo los Estados procurar la existencia de variados programas educativos que se adapten a las diversas necesidades de los alumnos, conforme sus contextos sociales y culturales⁴⁹¹.

Este tipo de enseñanza debe ser generalizada. Esto quiere decir, según el Comité DESC en su Observación General No.

⁴⁸⁹ *Caso de las niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130; párr. 185.

⁴⁹⁰ Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz Villalobos. *El derecho a la educación*. Informe de 17 de diciembre de 2004. Documento E/CN.4/2005/50, párr. 20.

⁴⁹¹ A esto hace referencia el artículo 13. b .2) del PIDESC. (Cfr. Comité DESC, *Observación General No 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*. 21 período de sesiones. Documento ONU E/C.12/1999/10. 1999, párr. 12).

13, que “no depende de la aptitud o idoneidad aparentes de un alumno” y que debe impartirse “en todo el Estado de forma tal que todos puedan acceder a ella en igualdad de condiciones”. Por otra parte, si bien respecto a este tipo de educación el requisito de la gratuidad no adquiere la misma intensidad que respecto a la enseñanza primaria, los Estados deben adoptar medidas concretas para lograr este objetivo, según apunta el Comité DESC en la misma Observación General.

Pese a que el texto del PIDESC coloca a la enseñanza técnica y profesional como parte de la enseñanza secundaria, el Comité DESC, con base en artículo 6.2) del Pacto, entre otras normas y documentos internacionales⁴⁹², ha colegido que la misma “constituye un elemento integral de todos los niveles de la enseñanza”. De acuerdo a la Convención de la UNESCO sobre la Enseñanza Técnica y Profesional, citada por el Comité DESC en su Observación General sobre este tema, “la misma se refiere a ‘todas las formas y niveles del proceso de educación que incluye, además de los conocimientos generales, el estudio de las técnicas y de las disciplinas afines, la adquisición de habilidades prácticas, de conocimientos prácticos y de aptitudes, y la comprensión de los diferentes oficios en los diversos sectores de la vida económica y social’ (párrafo a) del artículo 1º)”. Este tipo de enseñanza integra el contenido del derecho a la educación tanto como del derecho al trabajo.

En cuanto a la enseñanza superior, dice el Comité DESC, ella debe tener esencialmente los mismos caracteres que la secundaria. La diferencia fundamental es que no es obligación de los Estados que aquella sea generalizada sino sólo disponible a todos y todas, sobre la base de la capacidad. Rige respecto

⁴⁹²DUDH, artículo 26; Convención de la UNESCO sobre la Enseñanza Técnica y Profesional (1998) y los Convenios de la OIT No. 142 de 1975 y 117 de 1962, respectivamente, sobre desarrollo de los recursos humanos y sobre política social (Cfr. Comité DESC, *Observación General No 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*. 21 período de sesiones. Documento ONU E/C.12/1999/10. 1999, párrs. 15 y 16.

de la enseñanza superior lo dicho en cuanto al alcance de la obligación de gratuidad de la enseñanza secundaria.

Ha señalado el Comité DESC que, al igual que en relación a otros derechos, es deber de los Estados procurar que la educación –en todos sus niveles y formas– cumpla con cuatro características: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.

La “disponibilidad” implica que haya institutos y programas de enseñanza en cantidad suficiente y en condiciones adecuadas. Lo primero implica que alcancen para cubrir las necesidades de la población, de acuerdo a cada nivel de enseñanza y lo segundo que sean aptos para brindar de modo satisfactorio la instrucción pertinente.

El carácter de “accesibilidad” refiere a la posibilidad de todas las personas de acceder o “ingresar” a los institutos y programas de enseñanza. Este carácter consta de tres dimensiones: que no exista discriminación por motivos prohibidos en el acceso a la educación⁴⁹³, que la misma sea

⁴⁹³En la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de 1960, los Estados se comprometieron a “[d]erogar todas las disposiciones legislativas y administrativas y abandonar todas las prácticas administrativas que entrañen discriminaciones en la esfera de la enseñanza; [a]doptar las medidas necesarias, inclusive disposiciones legislativas, para que no se haga discriminación alguna en la admisión de los alumnos en los establecimientos de enseñanza; [n]o admitir, en lo concerniente a los gastos de matrícula, la adjudicación de becas o cualquier otra forma de ayuda a los alumnos, ni en la concesión de permisos y facilidades que puedan ser necesarios para la continuación de los estudios en el extranjero, ninguna diferencia de trato entre nacionales por los poderes públicos, salvo las fundadas en el mérito o las necesidades; [n]o admitir, en la ayuda, cualquiera que sea la forma que los poderes públicos puedan prestar a los establecimientos de enseñanza, ninguna preferencia ni restricción fundadas únicamente en el hecho de que los alumnos pertenezcan a un grupo determinado; [y] c)onceder, a los súbditos extranjeros residentes en su territorio, el acceso a la enseñanza en las mismas condiciones que a sus propios nacionales”. Además, se obligaron “a formular, desarrollar y aplicar una política nacional encaminada a promover, por métodos adecuados a las circunstancias y las prácticas nacionales, la igualdad de posibilidades y de trato en la esfera de la enseñanza” (artículos 3 y 4). En esta línea, respecto a la enseñanza primaria, la Corte IDH dijo que “[e]l Estado debe cumplir su obligación de garantizar el acceso a la educación primaria y gratuita de

asequible materialmente y accesible en relación a los costos económicos⁴⁹⁴.

Por otra parte, la educación debe ser adaptable a las distintas necesidades de los alumnos de acuerdo a sus contextos, según la Observación General No. 13 del Comité DESC.

La educación debe ser además “aceptable”. Esto significa que su contenido y los métodos pedagógicos sean, entre otros, pertinentes, de buena calidad y aptos culturalmente. Este requisito incluye el que los objetivos de la educación sean contestes con las finalidades que indican las normas internacionales, señala el Comité DESC. Las mismas señalan, básicamente, que la educación debe orientarse al “pleno desarrollo de la personalidad humana” y tender a propiciar la comprensión de la dignidad de los seres humanos, de la importancia de los derechos fundamentales, así como la

todos los niños, independientemente de su ascendencia u origen, que se deriva de la especial protección que se debe brindar a los niños” (*Caso de las niñas Yeán y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130; párr. 244). También la CIDH se pronunció en el mismo sentido. En un caso relativo al Estado argentino cuyos hechos denotaban impedimentos de jóvenes testigos de Jehová en relación al acceso a la educación —por ejemplo, se les impedía inscribirse en las escuelas o dar exámenes, se los expulsaba de los institutos educativos—, lo que se relacionaba con un decreto estatal que prohibía actividades de ese grupo religioso, dijo que tal situación era una violación al “derecho de igualdad de oportunidades para la educación”. Por tal motivo, consideró incumplido el artículo XII de la DADD, que recepta este derecho. Cabe consignar que no declaró violado el derecho a la igualdad, de lo que se desprende que consideró el deber de dar un trato igualitario en el acceso a la educación como parte del contenido de este derecho. (*Caso 2137. Testigos de Jehová*. Resolución de 18 de noviembre de 1978 [Informe anual 1978]).

⁴⁹⁴La CIDH, ha dicho en 1999, en relación a Colombia, que “[las] inequidades en la distribución de la riqueza y los niveles de pobreza en aumento también afectan el acceso a la educación. Una de las causas principales de la deserción escolar es el costo de la educación. Aunque la escuela en sí es gratuita, muchas familias no pueden sufragar los gastos asociados con la educación, como por ejemplo la compra de materiales y ropa y el pago del transporte” (*Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1 26 febrero 1999, Capítulo III, párr. 14).

tolerancia, la paz y el respeto de las diferencias⁴⁹⁵. Como hemos visto, lo anterior marca un claro límite al ejercicio de otros derechos. Principalmente, se ve reducido el margen del derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos y del derecho a la libertad de enseñanza; también la libertad religiosa y la libertad de expresión en tanto se relacionen con la educación⁴⁹⁶.

4.8.2 Interrelación con otros derechos

Que la educación, en todos sus niveles, deba orientarse hacia el respeto de los derechos humanos tiene por fundamento

⁴⁹⁵Cfr. Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo adoptada en septiembre de 1994 en El Cairo, Egipto, Principio 10. Declaración y Programa de acción de Viena, puntos 33 y 78 a 82. El Comité DESC considera que esto surge del primer párr. del artículo 13 del PIDESC, así como de otras normas que entiende pertinentes para interpretar dicha disposición. Las mismas son: la DUDH, artículo 26; la Declaración Mundial sobre Educación para Todos, artículo 1; la Convención sobre los derechos del Niño, artículo 29; la Declaración y el Plan de Acción de Viena, parte I, párr. 33 y parte II, párr. 80 y el Plan de Acción para el Decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los derechos humanos, párr. 2. (Cfr. *Observación General No 13. El derecho a la educación, artículo 13 del Pacto*). 21 período de sesiones. Documento ONU E/C.12/1999/10. 1999, párr. 5). Al respecto, la UNESCO elaboró una “Recomendación sobre la Educación para la Comprensión, la Cooperación y la Paz Internacionales y la Educación Relativa a los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales” (aprobada el 19 de noviembre de 1974). En ella, sugiere a los Estados determinadas medidas relativas al ámbito educativo destinadas a lograr tales finalidades.

⁴⁹⁶Cfr. Comité DESC, *Observación General No 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*. 21 período de sesiones. Documento ONU E/C.12/1999/10. 1999, párrs. 4 y 29. Por otra parte, de modo conteste, el CDH se ha pronunciado diciendo que “ninguna manifestación de carácter religioso o de creencias puede equivaler a la propaganda a favor de la guerra o la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia” (Cfr. *Observación General No. 22. El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 18 del Pacto)*). 48º período de sesiones. 1993, párr. 7). Previamente, este Comité había manifestado que tal prohibición –PIDCP, artículo 20– es una restricción compatible con el derecho a la libertad de expresión (Cfr. *Observación General No 11. La prohibición de la propaganda en favor de la guerra y la apología al odio nacional, racial o religioso*. 91 período de sesiones. 1983, párr. 2). El 10 de diciembre de 2004, la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó el Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos (resolución 59/113).

el hecho de que ello coadyuva a la observancia de los mismos. El Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la educación ha dicho que:

[1] la disociación del derecho a la educación del derecho a un contenido específico de la educación ha causado problemas serios, como por ejemplo: a) se ha entendido la educación como un servicio negociable y no como un derecho; b) ese servicio queda al margen de la organización de sociedades justas y equitativas al no tener un contenido explícitamente conectados con los derechos enunciados en los instrumentos de derechos humanos; c) los servicios pueden ser diferidos, renunciados, pospuestos, superados y hasta negados, especialmente (aunque no únicamente) a las culturas y personas discriminadas⁴⁹⁷.

Es, en este sentido, es ilustrativa la jurisprudencia de la Corte IDH, que en muchas ocasiones ha ordenado a los Estados, como medida tendiente a la no repetición de vulneraciones a diversos derechos humanos⁴⁹⁸, adoptar medidas de carácter educativo⁴⁹⁹. Esto denota la relación de interdependencia

⁴⁹⁷ Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz Villalobos. *El derecho a la educación*. Informe de 17 de diciembre de 2004. Documento E/CN.4/2005/50, párr. 8.

⁴⁹⁸ A la vida, a la integridad física, (inclusive casos en que se presentaba conexidad de estos derechos con el derecho a la salud, como el caso *Ximenes Lopes*, referido en la nota siguiente), a la libertad personal, a la especial protección de la niñez (incluidos derechos económicos, sociales y culturales de los niños y niñas, como la salud), al acceso a la información pública.

⁴⁹⁹ Cfr. Corte IDH, entre otros, casos *La Cantuta* (Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 Serie C No. 162, párrs. 240 a 242, punto resolutive 15), *Penal Miguel Castro Castro* (párrs. 451 y 452, punto resolutive 15), *Vargas Areco* (Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párrs. 161 y 168, punto resolutive 13), *Goiburú y otros* (Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 178 y punto resolutive 11), *Servellón García y otros* (Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 200 y punto resolutive 12), *Claude Reyes y otros* (Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párrs. 164 y 165 y punto resolutive 8); *Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia)* (Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párrs. 147 a 149 y punto resolutive 11); *Ximenes Lopes* (Sentencia

que existe entre la educación y el resto de los derechos, no solo porque una educación orientada hacia el respeto de los derechos humanos sea útil para evitar perjuicios a los mismos, sino también porque es una herramienta fundamental para el ejercicio del resto de los derechos humanos⁵⁰⁰.

Ahora bien, el derecho a la educación no puede ser descontextualizado del modelo de desarrollo de los países. Esto básicamente en dos sentidos. Por una parte, en palabras del Relator Especial de Naciones Unidas para el derecho a la educación, “[s]in duda las políticas económicas internacionales indiferentes a los gastos sociales y la imposición de un modelo político y socioeconómico único, basado rígidamente en el liberalismo económico, tienen gran impacto [... E]l excesivo énfasis en los mecanismos de mercado corre el riesgo de resultar en una organización económica que niega los recursos financieros que requiere la plena realización del derecho a la educación”⁵⁰¹. En otro sentido, también de acuerdo al pensamiento del Relator, una educación utilitarista o “neutra”, destinada solo a servir al mercado, corre el riesgo de privar a la

de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 250 y punto resolutivo 8); *Masacres de Ituango* (Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 409 y punto resolutivo 21); *López Alvarez* (Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párrs. 209 y 210 y punto resolutivo 9); *Blanco Romero y otros* (Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 106 y 116 y punto resolutivo 11); *Masacre de Mapiripán* (Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrs. 316 y 317 y punto resolutivo 13); *Gutiérrez Soler* (Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párrs. 106 a 110 y puntos resolutivos 4 y 5); *Caracazo* (Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 127 y punto resolutivo 4), *Aloboetoe* (Sentencia sobre reparaciones de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 96 y punto resolutivo 5).

⁵⁰⁰No puede realmente decirse que algún derecho sea no susceptible de verse afectado por el grado de acceso a la educación ya que ésta facilita a las personas el ejercicio de sus derechos. Véase, por ejemplo, que textos tales como la Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición destacan el papel de la educación para el logro del cumplimiento de los derechos a que se refieren (punto 4).

⁵⁰¹Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz Villalobos. *El derecho a la educación*. Informe de 17 de diciembre de 2004. Documento E/CN.4/2005/50, párrs. 39 y 40.

misma de su capacidad de generar una personalidad respetuosa de los derechos humanos: tal “neutralidad” es potencialmente afirmadora de las desigualdades. Por el contrario, la educación debe contribuir a formar personas comprometidas con los derechos de las personas; ello será fundamental para lograr efectivamente la satisfacción de los mismos⁵⁰². Por ello, tal como lo ha dicho el Comité DESC en la Observación General No. 13, el derecho a la educación “se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de [los derechos civiles y políticos]” y también del resto de los derechos económicos, sociales y culturales. Por ello, “es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos”⁵⁰³.

El derecho a la educación puede verse afectado por la violación a otros derechos y viceversa. Esto ha sido reconocido por lo organismos del SIDH. A título de ejemplo, puede citarse un caso decidido por la Corte IDH relativo, entre otros hechos, a una niña que tuvo dificultades para estudiar como consecuencia de la negativa del Estado de garantizar sus derechos a la nacionalidad y a la personalidad jurídica⁵⁰⁴. Sobre el mismo asunto, la CIDH, había dictado ya medidas cautelares tendientes, entre otras cosas, a evitar que dicha niña fuera privada de su derechos de asistir a clases⁵⁰⁵. Este organismo, por su parte, ha marcado la conexión entre educación y acceso al trabajo⁵⁰⁶ y ha señalado la importancia de la educación como medida preventiva para evitar la vulneración de otros derechos

⁵⁰²Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz Villalobos. *El derecho a la educación*. Informe de 17 de diciembre de 2004. Documento E/CN.4/2005/50, párrs. 41 a 46.

⁵⁰³Ibíd.

⁵⁰⁴Cfr. *Caso de las niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130; párr. 185.

⁵⁰⁵Cfr. Medidas Cautelares otorgadas a favor de las señoritas Dilcia Yean y Violeta Bosica el 27 de agosto de 1999 (República Dominicana).

⁵⁰⁶*Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1 26 febrero 1999 Capítulo XII, párr. 15.

humanos, tales como la libertad y la integridad física⁵⁰⁷. La Corte IDH ha llegado incluso a afirmar, en un caso particular, que la omisión del Estado de brindar educación formó parte de hechos que configuraron una violación a los derechos a la vida y a la integridad personal⁵⁰⁸.

4.8.3 Personas en situación de vulnerabilidad

El derecho a la educación está en cabeza de todas las personas. Por ello, de acuerdo a lo ya dicho, los Estados deben tomar las medidas necesarias para que todas ellas, sin discriminación, accedan a tal bien. En el caso de personas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad, deberán adoptarse, de ser necesario, medidas particulares o afirmativas, a efectos de procurar el cumplimiento de dicha finalidad⁵⁰⁹. En este sentido el Relator Especial de Naciones Unidas para el Derecho a la Educación ha hecho consideraciones particulares en relación a la satisfacción del derecho para las niñas, las personas migrantes, con capacidades diferentes o pertenecientes a minorías, así como sobre las poblaciones

⁵⁰⁷ En su *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú* –OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 59 rev. 2 junio 2000– ha recomendado a este Estado “[q]ue se tomen medidas preventivas, incluidas medidas educativas, para tratar de hacer cesar las detenciones arbitrarias policiales y las torturas en sede policial” (Capítulo IX, recomendación 11).

⁵⁰⁸ Cfr. Caso *Instituto de Reeducción del Menor*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No 112, párrs. 151 a 163 y 172 a 174. La Corte tuvo en consideración el hecho de que los niños a quienes consideró víctimas de tales violaciones se encontraban privados de su libertad, bajo la directa custodia del Estado.

⁵⁰⁹ Así, por ejemplo, en relación a personas con discapacidad, el Comité DESC dijo que “los Estados deben velar por que los profesores estén adiestrados para educar niños con discapacidad en escuelas ordinarias y se disponga del equipo y el apoyo necesario para que las personas con discapacidad puedan alcanzar el mismo nivel de educación que las demás personas” (*Observación General No 5. Los derechos de las personas con discapacidad*. 11° período de sesiones. Documento E/1995/22. 1994, párr. 35) En un sentido similar se ha expresado respecto a las personas mayores (Cfr. *Observación General No 6. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*. 13° período de sesiones. Documento E/1996/22. 1995, párr. 37).

indígenas⁵¹⁰. En el mismo sentido, la CIDH ha expresado su inquietud por las mayores dificultades que las mujeres –incluyendo niñas– tienen, en comparación con los varones, para acceder a la educación en los países americanos⁵¹¹; y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha instado a los Estados a “adoptar de manera efectiva programas de educación [...] que contribuyan a eliminar prejuicios y prácticas corrientes que obstaculizan la plena aplicación del principio de igualdad social de la mujer”⁵¹².

En cuanto a niños y niñas, la Convención sobre los Derechos del Niño contiene dos disposiciones –artículos 28 y 29– dedicadas al derecho a la educación. Estas normas, en líneas generales, replican en lo substancial el texto del artículo 13 PIDESC. No obstante, explicitan que los Estados deben “[h]acer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas; [...] adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar” y para que la disciplina escolar se administre “de modo compatible con la dignidad humana del niño”⁵¹³. La

⁵¹⁰ Cfr. Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz Villalobos. *El derecho a la educación*. Informe de 17 de diciembre de 2004. Documento E/CN.4/2005/50, párrs. 73 a 101.

⁵¹¹ Cfr. *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala*. OEA/Ser.L/V/II.118 Doc. 5 rev. 1 29 diciembre 2003. Capítulo V. párr. 1; *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999, Capítulo XII, párr. 15 y recomendaciones, puntos 13 y 14; *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México*. OEA/Ser.L/V/II.100 Doc. 7 rev. 1 Septiembre 24, 1998, párr. 609. También el Relator Especial de las Naciones Unidas para el derecho a la educación se ha manifestado en forma similar –aunque no en referencia exclusiva a los países de América–, haciendo hincapié en los mayores perjuicios que sufren mujeres y niñas en relación a la educación paga (Cfr. Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz Villalobos. *El derecho a la educación*. Informe de 17 de diciembre de 2004. Documento E/CN.4/2005/50, párr. 18).

⁵¹² *Recomendación General No 3. Educación y campañas de información pública*. 6º período de sesiones. Documento A/42/38. 1987.

⁵¹³ Convención sobre los derechos del niño, artículo 28. En la Declaración del Milenio los gobiernos se comprometieron a “[v]elar por que, para

Corte IDH entiende que “dentro de las medidas especiales de protección de los niños y entre los derechos reconocidos a éstos en el artículo 19 de la [CADH], figura de manera destacada el derecho a la educación, que favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad”⁵¹⁴ y que “es sobre todo a través de la educación que gradualmente se supera la vulnerabilidad de los niños”⁵¹⁵. Por supuesto, no cualquier educación es aquella a que tienen derechos los niños y las niñas, y esto especifica el artículo 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En palabras del Comité de los Derechos del Niño, “[l]a educación a que tiene derecho todo niños es aquella que se concibe para prepararlo para la vida cotidiana, fortalecer su capacidad de disfrutar de todos los derechos humanos y fomentar una cultura en la que prevalezcan unos valores de derechos humanos adecuados”.

Finalmente, cabe destacar que existen ciertas particularidades en cuanto al derecho a la educación de personas pertenecientes a pueblos indígenas. En relación a ellos, más allá de las medidas afirmativas que deben adoptar los Estados, teniendo en consideración las mayores dificultades que tienen sus miembros, en comparación al resto de la población, para acceder a la educación en los países americanos⁵¹⁶, debe

[el año 2015], los niños y niñas de todo el mundo puedan terminar un ciclo completo de enseñanza primaria y por que tanto las niñas como los niños tengan igual acceso a todos los niveles de la enseñanza” (punto 19).

⁵¹⁴ *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 84.

⁵¹⁵ *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 88. Por su parte, la CIDH, al decidir sobre la admisibilidad de una petición, consideró que el hecho de que un Estado mantenga adolescentes privados de la libertad omitiendo la realización de actividades educativas era un hecho que podría ser violatorio del derecho a la educación reconocido en el artículo 13 del PSS. (Cfr. Petición 12.328. *Adolescentes en custodia de la FEBEM* (Brasil). Informe No 39/02 de 9 de octubre de 2002).

⁵¹⁶ En diversas oportunidades la CIDH ha manifestado su preocupación en este sentido (Cfr. por ejemplo, *Informe sobre la situación de los*

advertirse que del derecho de las personas pertenecientes a los pueblos indígenas o gozar de su propia vida cultural⁵¹⁷ deriva el derecho de recibir educación no lesiva de su cultura y acorde con la misma⁵¹⁸. Esto incluye el derecho a que la educación sea brindada en su lengua, además de aquellas oficiales del país⁵¹⁹. Por otra parte, los Estados deben permitir que los pueblos indígenas tengan sus propios sistemas e instituciones de educación⁵²⁰.

4.9 Derecho a un medio ambiente sano

4.9.1 Fuentes relevantes

Este derecho se encuentra reconocido en el PSS en estos términos: “Artículo 11. Derecho a un Medio Ambiente Sano. 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

Si bien no hay otros tratados de derechos humanos vinculantes para Estados de América que contemplen en forma autónoma el derecho, de igual modo puede inferirse el mismo,

derechos humanos en México. OEA/Ser.L/V/II.100 Doc. 7 rev. 1 Septiembre 24, 1998, párr. 511).

⁵¹⁷ Cfr. PIDCP, artículo 27.

⁵¹⁸ Cfr. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículo 27.

⁵¹⁹ Cfr. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo 28. La CIDH ha señalado al Estado de Ecuador que “El respeto por la expresión, religión y cultura indígenas implica disposiciones especiales por parte del Estado para garantizar, por ejemplo, que esté a disposición la educación bilingüe; que los planes de estudio y los materiales reflejen, comuniquen y respeten adecuadamente la cultura de la tribu; y que se realicen esfuerzos para capacitar maestros dentro de las comunidades indígenas” (*Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*. OEA/Ser.L/V/II.96 Doc. 10 rev. 1 24 abril 1997. Capítulo IX, recomendaciones). También se encuentra conteste la Corte IDH (Cfr. Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 230).

⁵²⁰ Cfr. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

o al menos ciertos aspectos de su contenido, de normas distintas al PSS. Entre ellas cabe resaltar al PIDESC, en especial sus artículos 11 y 12. Este último, referido al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud establece, entre las medidas que los Estados deben adoptar para lograr la plena efectividad del derecho, “[e]l mejoramiento en todos sus aspectos [...] del medio ambiente”. El artículo 11, que plasma el derecho a un nivel de vida adecuado, contiene también aspectos ambientales ya que incluye derechos –agua, vivienda, alimentación– cuya satisfacción, como luego se verá, está íntimamente vinculada a la cuestión ambiental. Con la misma lógica también puede entonces considerarse comprendido el derecho en la DUDH: su artículo 25, enuncia el derecho a un nivel de vida adecuado, haciendo referencia a la salud, la alimentación, la vivienda y los servicios sociales necesarios. Otro tanto cabe decir de la DADD ya que también reconoce, en su artículo XI, los derechos a la salud, a la vivienda y a la alimentación⁵²¹.

El derecho a un ambiente sano protege no solo a un ambiente “salubre” sino también la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el buen funcionamiento de los ecosistemas. Cabe citar al respecto la opinión de Antonio Augusto Cançado Trindade, quien entiende que el derecho a un ambiente sano deriva de los derechos a la salud y a la vida, ampliándolos. En cuanto al alcance de tal ampliación, cree que el derecho en cuestión no puede entenderse como la

⁵²¹ Como veremos, la doctrina del Comité DESC sobre los derechos mencionados se refiere a cuestiones ambientales susceptibles de afectar los derechos a la alimentación, a la salud, al agua o a la vivienda. Teniendo esto presente, parecería que, con base en la misma metodología interpretativa que la utilizada por el Comité DESC, en la medida en que instrumentos internacionales reconozcan el derecho a un nivel de vida adecuado, o los derechos a la alimentación, la salud, el agua y la vivienda, podrá considerarse tácitamente reconocido en ellos el derecho a un medio ambiente sano. Ello, al menos en la medida en que este sea “una de las condiciones fundamentales para la supervivencia”: esta característica ha sido tenida en cuenta por el Comité DESC para entender comprendido el derecho al agua dentro del derecho a un nivel de vida adecuado; lo mismo parecería aplicable al medio ambiente (Cfr. Observación General No 15, “El derecho al agua [artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]”, 29º período de sesiones, 2003, párr. 3).

prerrogativa a un ambiente ideal, pero sí como un derecho a la conservación del ambiente⁵²².

Esta conceptualización del derecho también se deriva de considerar lo normado por el derecho internacional ambiental. Este sector del derecho comprende el conjunto de principios y normas internacionales que regulan el quehacer de los estados en relación al medio ambiente. Parece adecuado acudir a este sector del orden jurídico efectos de interpretar en forma adecuada el derecho en cuestión. Esto lo imponen, a la vez que lo permiten, la identidad del objeto tratado –el medio ambiente–, al carácter de “instrumentos vivos” de los tratados de derechos humanos y una interpretación tendiente a la armonía entre las distintas normas.

La Declaración de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Declaración de Estocolmo)⁵²³ señala en su principio 1: “El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”.

Este instrumento, así como otros de trascendencia universal en materia de medio ambiente tales como la Carta de la Naturaleza de 1982⁵²⁴ o la Declaración de Río sobre el Medio

⁵²² Cfr., *Derecho de solidaridad*, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*. En efecto, al menos en relación al texto del PSS, que reconoce de modo autónomo y expreso este derecho, parecería que el entendimiento del mismo debe ir más allá de la mera salubridad. De lo contrario, parecería que el artículo 11 del tratado quedaría prácticamente vaciado de contenido propio. Este contenido se vería yuxtapuesto, al menos en gran medida, con el de otros derechos, principal, aunque no exclusivamente, los ya mencionados –salud, vivienda, agua, alimentación–. Este entendimiento no parece posible.

⁵²³ Adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas celebrada en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972.

⁵²⁴ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 37/7 de 28 de octubre de 1982.

Ambiente y el Desarrollo de 1992⁵²⁵, brindan una serie de pautas y elementos que permiten determinar mejor qué se entiende por “ambiente”. También señalan deberes de los Estados al respecto.

El ambiente, de acuerdo a los textos citados, incluye todos los recursos naturales –agua, aire, tierra, flora, fauna–, los ecosistemas formados a través de la interacción de aquellos y la diversidad biológica⁵²⁶. Estos elementos formarían entonces el bien jurídico tutelado por el derecho humano a un ambiente sano. En virtud de este derecho los Estados tienen obligaciones respecto a tal bien.

4.9.2 El derecho un ambiente sano, el derecho al desarrollo y el concepto de “sostenibilidad”

Cabe anotar que el derecho al medio ambiente tiene una profunda relación con el derecho al desarrollo⁵²⁷, ya que su satisfacción, necesaria para el goce de todos los derechos humanos, implica la utilización de recursos naturales. La Declaración sobre el derecho al desarrollo⁵²⁸ define el derecho del siguiente modo:

⁵²⁵ La Declaración de Río fue adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, llevada a cabo en Río de Janeiro entre el 3 y el 14 de junio de 1992. Tomamos estos textos para el análisis dado que tratan la cuestión ambiental de modo general y porque constituyen, además, las bases del derecho internacional ambiental (sobre todo las declaraciones de Estocolmo y de Río). Un análisis más exhaustivo, que no se pretende hacer acá, debería tener en cuenta también otros instrumentos.

⁵²⁶ Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano “Declaración de Estocolmo”, de 1972, Principio 2. Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, Principio 7; Carta de la Naturaleza, Principios 1, 2, 10, Convención sobre la Diversidad Biológica, artículo 1.

⁵²⁷ Tal como lo dice la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, “[l]a paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables” (principio 25).

⁵²⁸ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

1. El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él.

2. El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales.

La CIDH ha destacado la “importancia del desarrollo económico para la prosperidad de los pueblos de este hemisferio”⁵²⁹, explicando que:

[c]omo lo proclama la Carta Democrática Interamericana, ‘[l]a promoción y observancia de los [DESC] son consustanciales al desarrollo integral, al crecimiento económico con equidad y a la consolidación de la democracia en los Estados del Hemisferio’ [artículo 13] Al mismo tiempo, las actividades de desarrollo deben ir acompañadas de medidas adecuadas y efectivas para garantizar que las mismas no se lleven a cabo a expensas de los derechos fundamentales de las personas que pueden ser particular y negativamente afectadas, incluidas las comunidades indígenas y el medio ambiente del que dependen para su bienestar físico, cultural y espiritual⁵³⁰.

⁵²⁹ Caso 12.053 *Comunidades Indígenas Maya del distrito de Toledo* (Bélice). Informe No 40/04 de 12 de octubre de 2004, párr. 150.

⁵³⁰ Caso 12.053 *Comunidades Indígenas Maya del distrito de Toledo* (Bélice). Informe No 40/04 de 12 de octubre de 2004, párr. 150. La CIDH cita consideraciones análogas hechas por la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Comunicación N° 155/96, African Comm. Num. & Peoples’ Rights, de la 30° período ordinario de sesiones celebrado en Banjul, Gambia, del 13 al 27 de octubre de 200).

A tal punto están conectadas⁵³¹ las problemáticas que en 1992 la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo proclamó la “Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo”, cuyo Principio 1 señala que “[l]os seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”. De este modo, la “sostenibilidad” parece ser un concepto clave para armonizar uno y otro derecho y definir las obligaciones correspondientes. El mismo texto da pautas para entender el concepto de “desarrollo sostenible”, estableciendo que él debe tender a eliminar la pobreza y mejorar la calidad de vida (principios 5 y 8), pero siempre “respond[iendo] equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras” (principio 3) y contemplando “la protección del medio ambiente [como] parte integrante del proceso de desarrollo y no [...] en forma aislada” (principio 4). En el mismo sentido, en la Declaración del Milenio, los gobiernos afirmaron que “[n]o debe[n] escatimar esfuerzos por liberar a toda la humanidad, y ante todo a nuestros hijos y nietos, de la amenaza de vivir en un planeta irremediamente dañado por las actividades del hombre, y cuyos recursos ya no alcancen para satisfacer sus necesidades” (punto 21)⁵³².

⁵³¹ La Declaración y Programa de Acción de Viena, de 1993, señala que “[e]l derecho al desarrollo debe realizarse de manera que satisfaga equitativamente las necesidades en materia de desarrollo y medio ambiente de las generaciones actuales y futuras. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce que el vertimiento ilícito de sustancias y desechos tóxicos y peligrosos puede constituir una amenaza grave para el derechos de todos a la vida y a la salud. Por consiguiente, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos hace un llamamiento a todos los Estados para que aprueben apliquen rigurosamente la convenciones existentes en materia de vertimiento de productos y desechos tóxicos y peligrosos y cooperen en la prevención del vertimiento ilícito” (punto I.11).

⁵³² Consecuentemente reafirma[ron su] apoyo a los principios del desarrollo sostenible, incluidos los enunciados en el Programa 217, convenidos en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo [y d]ecidi[eron], por consiguiente, adoptar una nueva ética de conservación y resguardo en todas [sus] actividades relacionadas con el medio ambiente y, como primer paso en ese sentido, conv[inieron] en

4.9.3 Relación con otros derechos

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos, Sr. Okechukwu Ibeanu, ha señalado la obligación de los Estados, en virtud de los derechos a la vida y a la salud, de garantizar los mismos adoptando políticas tendientes a un manejo seguro de productos contaminantes⁵³³. También el Comité DESC, en su Observación General No. 14 (párrafo 4) ha considerado la importancia que para los derechos a la salud, a la alimentación, a la vivienda y al agua –íntimamente interrelacionados entre sí–, tienen la cuestión ambiental. Así, mencionó que el derecho a la salud “no se limita a la atención de la salud” y que, “[p]or el contrario [...] abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana”, encontrándose entre los “factores determinantes básicos de la

lo siguiente: [h]acer todo lo posible por que el Protocolo de Kyoto entre en vigor, de ser posible antes del décimo aniversario de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en el año 2002, e iniciar la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero[; i]ntensificar nuestros esfuerzos colectivos en pro de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo[; i]nsistir en que se apliquen cabalmente el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África[; p]oner fin a la explotación insostenible de los recursos hídricos formulando estrategias de ordenación de esos recursos en los planos regional, nacional y local, que promuevan un acceso equitativo y un abastecimiento adecuado[; i]ntensificar la cooperación con miras a reducir el número y los efectos de los desastres naturales y de los desastres provocados por el hombre[; y g]arantizar el libre acceso a la información sobre la secuencia del genoma humano” (puntos 22 y 23).

⁵³³ Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos, Sr. Okechukwu Ibeanu. *Efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos*. Informe de 20 de febrero de 2006. Documento E/CN.4/2006/42, párrs. 36, 38.

salud [...] un medio ambiente sano” (párrafos 4 y 11). Entre las medidas que deben adoptar los Estados en procura de la satisfacción del derecho a la salud se encuentran “el suministro adecuado de agua limpia potable y la creación de condiciones sanitarias básicas; la prevención y reducción de la exposición de la población a sustancias químicas nocivas u otros factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos” (párrafo 15). También el Comité DESC, en su Observación General No. 12, consideró esencial para el goce del derecho a la alimentación, la adopción de “políticas [...] ambientales [...] adecuadas” (párrafo 4), entre ellas, aquellas destinadas a evitar la contaminación de los productos alimenticios (párrafo 10). En relación al derecho a la vivienda, de acuerdo a lo señalado por el Comité DESC en su cuarta Observación General, el mismo no se satisface en forma adecuada, si la vivienda estuviere construida en lugares contaminados, de modo que se amenazara la salud de sus habitantes (párrafo 8). Otro tanto cabe decir del derecho

al agua que, para verse satisfecho, requiere de la salubridad de dicho recurso⁵³⁴. Del mismo modo el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos ha referido la incidencia negativa que los desechos tóxicos, eventualmente mediante contaminación ambiental, puede tener para los derechos a la vida, a la salud, al agua, a la alimentación, a la vivienda o al trabajo⁵³⁵. Por su parte, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler, ha destacado la importancia para el derecho que le ocupa del combate a la desertificación, la degradación de la tierra y de los ecosistemas⁵³⁶. Ha señalado incluso la existencia de verdaderos “refugiados ecológicos” y “migrantes por causas ambientales”, categorías que no han generado aún una protección específica desde el derecho internacional⁵³⁷.

La interdependencia entre los derechos humanos y el medio ambiente tampoco ha sido ajena a pronunciamientos de los órganos del SIDH. En el año 2004 otorgó medidas cautelares para proteger el derecho a la salud de determinada población afectada por la contaminación ambiental producida a raíz de un depósito de relave minero que se encontraba a cielo abierto y contenía sustancias nocivas⁵³⁸.

⁵³⁴ Cfr. Observación General No. 15 (*El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*). 29º período de sesiones. 2002, párr. 12.

⁵³⁵ Cfr. Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos, Sr. Okechukwu Ibeanu. *Efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos*. Informe de 20 de febrero de 2006. Documento E/CN.4/2006/42, párrs. 17 y 34.

⁵³⁶ Cfr. Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler. *El derecho a la alimentación*. Informe de 1 de septiembre de 2006. Documento A/61/306, párrs. 24 a 39.

⁵³⁷ *Ibíd.*, párrs. 25 y 37.

⁵³⁸ Medidas cautelares otorgadas a favor de Oscar González Anchurayco y miembros de la Comunidad de San Mateo de Huanchor el 17 de agosto de 2004. Es para destacar el hecho de que la CIDH solicitó al

Un caso particular de interdependencia se da entre el derecho a un medio ambiente sano y el derecho de propiedad comunitaria de pueblos indígenas o tribales respecto a sus tierras y territorios, tema que será considerado posteriormente (*infra* 4.10.5). Baste con señalar aquí que, en el entendimiento de los órganos del SIDH, el derecho de los pueblos mencionados a la propiedad de su territorio abarca los recursos naturales comprendidos en él. En consecuencia, en estos casos, el adecuado resguardo del derecho de propiedad incluye la protección de tales recursos y ello, a su vez, conlleva la obligación estatal de ciertas acciones relativas al medio ambiente. Así, la CIDH y la Corte IDH han entendido, respectivamente, que la falta de consulta a pueblos indígenas sobre la protección del medio ambiente en su territorio y zonas aledañas, así como la omisión de producción de un adecuado estudio de impacto ambiental en relación a la explotación de recursos naturales situados en tierra indígena o tribal, son hechos susceptibles de vulnerar el derecho de propiedad de los pueblos respectivos, en contravención al artículo 21 de la CADH entendido a la luz del artículo 1.1 de dicho tratado. El estudio mencionado debe ser hecho por entidades independientes y técnicamente capaces, con la supervisión del Estado⁵³⁹.

4.9.4 Obligaciones básicas

Los actos, políticas y normas que se lleven a cabo a efectos de lograr la plena satisfacción del derecho al medio ambiente

Estado la atención médica de la comunidad afectada y la realización del correspondiente estudio de impacto ambiental.

⁵³⁹ Cfr. CIDH, Petición 1118-03, *Comunidad Garífuna de Cayos Cochinos*, Informe No. 39/07 de 24 de julio de 2007; y Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka*, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr. 129.

sano deben, para ser efectivas, reflejar el contexto ambiental y de desarrollo en el que van a regir⁵⁴⁰.

En este sentido, resulta pertinente considerar, a fin de conceptualizar adecuadamente el modo en que deben ser cumplidas las distintas obligaciones, un principio básico del derecho ambiental: el principio precautorio. El mismo, señala, que “[c]uando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”⁵⁴¹. Un elemento central de este principio es la idea de que todo decisor político debe actuar en forma anticipada, antes de contar con certidumbre científica, con la finalidad de proteger el ambiente y, por consiguiente, los intereses de las generaciones futuras⁵⁴². Es decir que, toda actividad estatal vinculada al ambiente, a fin de procurar el resguardo del mismo, deberá desarrollarse según dicho principio.

En relación a la obligación de “respetar”, cabe reseñar lo dicho en el Punto 1 de los Principios Generales de la Carta Mundial de la Naturaleza: “[s]e respetará la naturaleza y no se perturbarán sus procesos esenciales”. Nunca los Estados podrían válidamente realizar acciones que conlleven “daños irreversibles a la naturaleza”⁵⁴³ o el sometimiento de personas a estados ambientales de insalubridad. Claramente lo ha dicho el Comité DESC: “[l]os Estados deben abstenerse [...] de contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra”⁵⁴⁴.

⁵⁴⁰Cfr. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Principio 11.

⁵⁴¹Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992, Principio 15.

⁵⁴²Goldenber, Isidoro H., Caferata, Néstor A., “Daño ambiental. Problemática de su determinación causal”, Ed. Abeledo –Perrot, Bs. As., Argentina, 2001, p. 68.

⁵⁴³Carta Mundial, principio 11.a).

⁵⁴⁴Comité de DESC, Observación General No. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). 22º período de sesiones.

Paralelamente, en virtud de su obligación de “cumplir”, los Estados deben “formular y aplicar políticas nacionales con miras a reducir y suprimir la contaminación del aire, el agua y el suelo”⁵⁴⁵.

Lo dicho se relaciona también con la obligación de “garantizar niveles mínimos de satisfacción”, que no puede entenderse sino, al menos, como el deber de los Estados de impedir que persona humana alguna sometida a su jurisdicción desarrolle su vida en el marco de condiciones ambientales insalubres⁵⁴⁶. Asimismo, más allá de la cuestión de la salubridad, deberán garantizarse ciertos niveles mínimos respecto a la diversidad biológica y el funcionamiento de los ecosistemas⁵⁴⁷.

La obligación de “proteger”, conlleva el deber de los Estados de generar un sistema normativo que obligue a los particulares a no dañar ambiente⁵⁴⁸, así como el de instituir políticas que

2000, párr. 34. El mismo órgano ejemplifica, en el mismo párrafo cuáles serían algunas de estas posibles conductas: contaminar “mediante los desechos industriales de las instalaciones propiedad del Estado, utilizar o ensayar armas nucleares, biológicas o químicas si, como resultado de esos ensayos, se liberan sustancias nocivas para la salud del ser humanos”.

⁵⁴⁵Comité de DESC, Observación General No. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). 22º período de sesiones. 2000, párr. 36. En su Observación General No. 15 (*El derecho al agua [artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]*). 29º período de sesiones. 2002) el Comité precisó que “[l]a higiene ambiental, como aspecto del derecho a la salud [...] entraña la adopción de medidas no discriminatorias para evitar los riesgos para la salud que representa el agua insalubre y contaminada por sustancias tóxicas. Por ejemplo, los Estados Partes deben garantizar que los recursos hídricos naturales estén al abrigo de la contaminación por sustancias nocivas y microbios patógenos. Análogamente [...] deben supervisar y combatir las situaciones en que los ecosistemas acuáticos sirvan de hábitat para los vectores de enfermedades que puedan plantear un riesgo para el hábitat humano” (párr. 9).

⁵⁴⁶Lo que también debe ser interpretado de acuerdo al principio precautorio.

⁵⁴⁷Cfr. Carta Principios Generales, puntos 2, 4, 6, 10 a) y 11 a).

⁵⁴⁸Con la excepción, por supuesto, en que las actividades dañosas que los particulares se proponen realizar no afecten al ambiente sino en un

permitan el control del cumplimiento de tales disposiciones⁵⁴⁹. A estos efectos, resulta importante crear mecanismos específicos de control de las actividades que puedan afectar el ambiente. Uno de ellos, el llamado Evaluación de Impacto Ambiental, está prescripto y conceptualizado en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: “[d]eberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que este sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”. También resulta relevante la aplicación del principio “contaminador-pagador”. Al respecto, dice la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, como Principio 16, que “[l]as autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”. Sobre este principio se ha dicho que: “se vincula con los modelos de producción y desarrollo [...] En todo emprendimiento se deberá tener en cuenta la variable ambiental como un costo más del proyecto a desarrollar. Al efectuar la inversión el vector ambiental deberá ser particularmente tenido en cuenta, desde lo *preventivo* –invertir para evitar daños: *pagar para no contaminar*– y desde la *recomposición* –costos

grado mínimo o que se encuentren dentro de los mismos parámetros señalados en el párr. anterior autorizantes para excepcionar a los Estados de su deber de respeto.

⁵⁴⁹ Entendemos que, en la medida en que acciones humanas generen una posibilidad manifiesta de daño ambiental, apreciada ella de acuerdo al principio precautorio, estas obligaciones, esencialmente de comportamiento, adquirirán prácticamente la característica de una obligación de resultado: difícilmente el Estado en cuestión podría sostener simultáneamente que cumplió adecuadamente sus obligaciones de control y no tenía conocimiento ni podía prever el acaecimiento del daño ambiental. En todo caso, llegada la cuestión a instancias judiciales, la carga de la prueba de que tal curiosa situación efectivamente se produjo debería estar en cabeza del Estado que la alegue.

por contaminación—: *quien contamina paga*. En definitiva, lo expuesto se enmarca dentro del concepto de desarrollo sustentable”⁵⁵⁰.

En relación al derecho a la igualdad y al deber de no discriminación, cabe recordar que uno y otro son atinentes al derecho a un ambiente sano⁵⁵¹, por lo que los Estados deberían evitar la “discriminación ambiental” garantizando a todas las personas el aprovechamiento equitativo de los bienes ambientales, adoptando políticas que lo promuevan y evitando beneficiar con ellas exclusivamente a determinado grupo de personas.

Otro aspecto relevante presentan los deberes de proveer información y posibilitar la participación. El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos, Sr. Okechukwu Ibeanu, ha señalado la importancia que para las cuestiones ambientales tienen el ejercicio de los derechos a la participación y a la información⁵⁵². También la Corte IDH ha señalado la conexión que tiene el derecho al acceso a la información pública con las cuestiones ambientales, y ha utilizado instrumentos internacionales propios de la materia

⁵⁵⁰ García Minella, Gabriela, “Ley General del Ambiente. ‘Interpretando la nueva legislación ambiental’”, en Jiménez, Eduardo Pablo (coordinador), *Derecho ambiental (Su actualidad de cara al tercer milenio)*, Ed. Ediar, Bs. As., Argentina, 2004, p. 69 (el énfasis es del original).

⁵⁵¹ El Comité DESC ha dicho que “el [PIDESC] prohíbe toda discriminación en lo referente a acceso a [...] los factores determinantes básicos de la salud”, entre los que, de acuerdo al mismo órgano, se encuentra un medio ambiente sano. (Comité DESC. Observación General No 14. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud [artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]*. 22º período de sesiones. 2000. párrs. 4, 11, 18 , 30 y 36).

⁵⁵² Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos, Sr. Okechukwu Ibeanu. *Efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos*. Informe de 20 de febrero de 2006. Documento E/CN.4/2006/42, párrs. 41 y 42.

ambiental para interpretar ese derecho⁵⁵³. Estas obligaciones, en relación al ambiente, adquieren una importancia y un grado de exigibilidad particulares⁵⁵⁴, mayores quizá que respecto a otros derechos. Esto ocurre, primeramente, por el carácter indivisible, y por lo tanto esencialmente colectivo, del ambiente: los temas ambientales serán en la enorme mayoría de los casos cuestiones que atañan a un colectivo de personas frecuentemente indefinidas, lo que hace que la políticas que se adopten sean cuestiones siempre de interés común, carácter que acentúa las necesidades, conveniencia y posibilidades de participación. Esto de por sí incrementa el deber estatal de brindar información⁵⁵⁵.

⁵⁵³ Cfr. “Caso Claude Reyes y otros”, Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 81.

⁵⁵⁴ Esto lo muestra frecuentemente la legislación específica ambiental; un ejemplo paradigmático es el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”. También la Carta de la Naturaleza, que dice: “[c]ualquier planificación incluirá, entre sus elementos esenciales, la elaboración de estrategias de conservación de la Naturaleza, el establecimiento de inventarios de los ecosistemas y la evaluación de los efectos que hayan de surtir sobre la Naturaleza las políticas y actividades proyectadas; todos estos elementos se pondrán en conocimiento de la población, recurriendo a medios adecuados y con la antelación suficiente para que la población pueda participar efectivamente en el proceso de consultas y de adopción de decisiones” (Principio 16) y que “[t]oda persona, de conformidad con la legislación nacional, tendrá la oportunidad de participar, individual o colectivamente, en el proceso de preparación de las decisiones que conciernan directamente a su medio ambiente” (principio 23).

⁵⁵⁵ Pero no es el único motivo: en la medida en que la obligación de los Estados de procurarse información ambiental sea consecuencia de las obligaciones de “proteger” y “prevenir violaciones” –con los matices ya mencionados– los Estados no podrán valerse del hecho de no tener información para negarse a brindarla; en su caso, deberán producirla. El

La obligación de brindar recursos efectivos, para cumplirse cabalmente en relación al ambiente, deberá entenderse de acuerdo a las particularidades propias de esta temática⁵⁵⁶. En este sentido, los Estados deberán instituir recursos que permitan la determinación de la responsabilidad por daños ambientales e indemnización a víctimas de los mismos⁵⁵⁷. Dada la irreversibilidad que frecuentemente tendrán los daños ambientales, deberán instituirse recursos legales aptos para prevenirlos o evitarlos; esto, dada la complejidad de la apreciación de la problemática ambiental, necesariamente requerirá de una atenuación del rigor probatorio ordinario. A su vez, el carácter colectivo que muy frecuentemente presentará la problemática ambiental genera otras varias particularidades. A título de ejemplo pueden señalarse que deberá permitirse la legitimación colectiva o de grupos para evitar que el recurso sea inefectivo.

motivo de esta conclusión es simple: no es válido jurídicamente alegar el incumplimiento de una obligación para eximirse de un deber; si un Estado no se procuró a sí mismo información ambiental necesaria para cumplir su obligación de prevenir violaciones al derecho a un ambiente sano, no puede aducir tal omisión para negar a los particulares tal información. Ha sido clara en este aspecto la Corte IDH al decir que “el Estado no puede beneficiarse de sus falencias” (Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 162).

⁵⁵⁶ El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos, Sr. Okechukwu Ibeanu ha señalado la importancia de que los Estados desarrollen recursos judiciales susceptibles de tratar las problemáticas ambientales. (Cfr. *Efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos*. Informe de 20 de febrero de 2006. Documento E/CN.4/2006/42, párr. 43).

⁵⁵⁷ La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en su Principio 13 dice: “[l]os Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales”. La Carta de la Naturaleza, en el mismo sentido, expresa: toda persona [...] cuando éste haya sido objeto de daño o deterioro, podrá ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización” (Principio 23).

4.10 Derechos culturales y derechos de los pueblos indígenas

4.10.1 Conceptos generales y fuentes relevantes

La denominación “derechos culturales” puede entenderse de diversos modos y referirse, consecuentemente, a distintas prerrogativas dependiendo de qué bienes jurídicos se conceptúen como “culturales”.

Lo anterior, la definición de los bienes referidos, hace necesaria una reflexión previa sobre el concepto de “cultura”. El tema presenta numerosas aristas; no obstante, baste aquí con decir lo siguiente: tal como señala Stavenhagen⁵⁵⁸, pueden identificarse tres formas de entender el concepto de “cultura”. En primer lugar, “cultura” como capital. Esto es, como la herencia o patrimonio cultural de la humanidad, o de determinado grupo social. Esta forma de entender la cultura asimila ésta al concepto de obra: libros, edificios, monumentos, obras artísticas e intelectuales en general. Otra forma de entender la cuestión asimila “cultura” a actividad creativa. Desde este punto de vista, la cultura no consiste en un acervo de obras, sino en la acción misma de creación intelectual. Una tercera acepción, más amplia, colige que el concepto en análisis refiere a un modo de vida, es decir, como “la suma total de actividades espirituales y productos de un grupo social dado que distingue al mismo de otros grupos”⁵⁵⁹.

Las tres visiones expuestas son protegidas por el orden jurídico. Al igual que respecto a otros derechos humanos –dada su interdependencia– puede advertirse una protección que podríamos denominar “indirecta”, esto es, a través del

⁵⁵⁸ Cfr. Stavenhagen, Rodolfo, “Cultural Rights: A Social Science Perspective”, en Eide, Asbjørn, Krause, Catarina, y Rosas, Allan, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 85 a 109. Ver asimismo, De Lucas, Javier, “Qué quiere decir tener derecho a la cultura?” en Abramovich, Víctor, Añón, María José y Courtis, Christian (comps.), *Derechos Sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 297 y ss.

⁵⁵⁹ Stavenhagen, Rodolfo, “Cultural Rights...” p. 89.

resguardo de bienes cuyo disfrute es necesario para el goce del bien “cultura”. En este sentido, los derechos que aquí nos ocupan son amparados por otros tales como la libertad de expresión, de religión, de asociación, de acceso a la información pública o el derecho a la educación, sin que esta enunciación pretenda ser taxativa⁵⁶⁰.

En relación con la protección directa realizada por tratados internacionales de derechos humanos, cabe señalar como de especial importancia al PIDESC, al PIDCP, a la CADH y al PSS. Además son relevantes otros documentos, tales como la DUDH o la DADD. También son importantes para interpretar estos derechos la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural⁵⁶¹ o la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales⁵⁶².

De este modo, el disfrute de la cultura en tanto capital y actividad creativa se ve tutelado por los artículos 15 del PIDESC, 14 del PSS y 26 de la CADH. Las dos primeras normas tienen una redacción muy similar, reconociendo el derecho de las personas a “participar en la vida cultural” –el PSS incluye expresamente “la vida artística de la comunidad”–, a “gozar de los beneficios del progreso científico” –incluyendo “sus aplicaciones” o el “progreso tecnológico”, de acuerdo al PIDESC o al PSS, respectivamente– y a “beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de las que sea[n] autora[s]”. La DUDH y la DADD, en sus disposiciones pertinentes –artículos 27 y XIII

⁵⁶⁰ La enunciación realizada resalta –con cierta arbitrariedad– aquellas prerrogativas que parecen relacionarse de un modo más habitual con el goce de los derechos culturales. Cabe aclarar que el derecho a la educación, tratado en otra sección de este trabajo, por su objeto, bien puede considerarse también como un derecho “cultural”.

⁵⁶¹ Adoptada por la 31ª reunión de la Conferencia General de la UNESCO el 2 de noviembre de 2001, conforme a las conclusiones de la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales de 1982, de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo de 1995 y de la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo de 1998.

⁵⁶² Adoptada en París, Francia, el 20 de octubre de 2005.

respectivamente— coinciden esencialmente en estos postulados. En cuanto a la CADH, su artículo 26 leído en conexión con las normas pertinentes de la Carta de la OEA, (en particular los artículos 45 a), 47 y 48) protegería también este derecho⁵⁶³.

En cuanto al goce de la cultura como modo de vida, resulta de importancia el artículo 27 del PIDCP, según el cual: “[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”⁵⁶⁴.

4.10.1 El derecho a los beneficios de la cultura: concepto

Como hemos dicho, bajo esta denominación, que es la utilizada por el PSS, se encuadra el resguardo de la cultura como capital y como actividad creativa. Esto se traduce en una serie de derechos que protegen a las personas en tanto “beneficiarias” de bienes culturales o “participantes” de la vida cultural y en tanto productoras o creadoras de la misma.

⁵⁶³ Estas disposiciones señalan el derecho de las personas al “desarrollo espiritual” y el compromiso de los Estados de dar “importancia primordial” al “estimulo de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura”, “preservar y enriquecer el patrimonio cultural de los pueblos americanos” y cooperar entre sí en aras a “satisfacer sus necesidades educacionales, promover la investigación científica e impulsar el desarrollo tecnológico”.

⁵⁶⁴ Parecería que la CADH, a través de su artículo 26, recepta también este derecho: el artículo 48 de la Carta de la OEA establece el deber de los Estados de “preservar y enriquecer el patrimonio cultural de los pueblos americanos”. Si bien la norma parece referirse más a la acepción de “cultura” como capital, cuesta desvincularla de la noción de “cultura” como forma de vida. Cabe preguntarse cómo se podría preservar el patrimonio cultural de los pueblos si, por ejemplo, se impide a sus miembros profesar su religión o emplear su propio idioma; evidentemente, una separación tajante entre una y otra prerrogativa parece inviable.

Sin perjuicio de que rigen para los derechos cobijados bajo la designación aludida –a participar en la vida cultural, a beneficiarse del progreso científico, a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales de producciones intelectuales– las consideraciones generales respecto a las obligaciones estatales, los tratados señalan algunas particularidades. Entre ellas se destaca el deber de adoptar medidas tendientes a la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte; ello como requisito de posibilidad del ejercicio y goce de las prerrogativas nombradas. Más allá de lo anterior, los Estados deberán abstenerse de injerencias ilegítimas en la participación de las personas en la vida cultural, a procurar que terceros no lo hagan y a adoptar medidas para promover y facilitar el goce de la cultura, así como asegurar la posibilidad de su disfrute en un grado mínimo esencial.

En cuanto al derecho de los autores y las autoras a beneficiarse de la protección de intereses morales y materiales de sus obras, el Comité DESC ha emitido una Observación General, la número 17 emitida por ese órgano. En los párrafos 1 y 2 de la misma, distingue este derecho de la mayoría de los derechos legales reconocidos en los sistemas de propiedad intelectual, en los distintos Estados. Respecto de esto, dicen que son “medios que utilizan los Estados para estimular la inventiva y la creatividad” y, dado su carácter, pueden ser temporales, ser posible revocarlos o cederlos a terceros, mientras que el derecho que nos ocupa “es un derecho humano, que deriva de la dignidad y valía inherentes a toda persona”, y “protege la vinculación personal entre los autores y sus creaciones, y entre los pueblos, comunidades y otros grupos y su patrimonio cultural colectivo, así como los intereses materiales básicos

necesarios para que contribuyan, como mínimo, a un nivel de vida adecuado”.

El derecho protege a personas creadoras de obras intelectuales, o “creaciones de la mente humana”, en palabras del Comité DESC. La protección de los intereses morales correspondientes a las mismas consiste en que los autores y las autoras sean reconocidos y reconocidas como tales, y tengan posibilidades efectivas de oponerse a cualquier modificación de sus producciones que cause perjuicio a su honor o reputación. Esta prerrogativa es perenne, aún si la obra pasare a ser patrimonio común de la humanidad. Lo contrario ocurre con la protección de los intereses materiales, que sí puede estar sujeto a limitación temporal. Los mismos –al igual que los morales– son aquellos directamente generados por la obra. El derecho a su protección se vincula de modo muy estrecho a los derechos a la propiedad y de las personas trabajadoras a una remuneración y, a su vez, constituye un requisito para el goce del derecho a un nivel de vida adecuado (párrafos 9, 12, 13, 15,16 y 17 de la misma Observación General).

Con base en la relación señalada con el derecho de propiedad, la defensa de los intereses morales y materiales correspondientes a obras intelectuales puede encontrar cobijo en tal derecho. En este sentido, la Corte IDH ha señalado que el artículo 21 de la CADH contempla:

[U]n concepto amplio de propiedad, el cual abarca, entre otros, el uso y goce de los “bienes”, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. [...] Por ello dentro del concepto amplio de “bienes” cuyo uso y goce están protegidos por la [CADH], también se encuentran incluidas las obras producto de la creación intelectual de una persona, quien, por el hecho de haber realizado esa creación adquiere sobre ésta derechos de autor conexos con el uso y goce de la misma. [...] Tanto el ejercicio del aspecto material como del aspecto inmaterial de los derechos de autor son susceptibles de valor y se incorporan al patrimonio de una persona. En

consecuencia, el uso y goce de la obra de creación intelectual también se encuentran protegidos por el artículo 21 de la [CADH]⁵⁶⁵.

En cuanto a la conceptualización del derecho, la Corte IDH se ha manifestado de forma coincidente al Comité DESC, expresándose como sigue: “La protección del uso y goce de la obra confiere al autor derechos que abarcan aspectos materiales e inmateriales. El aspecto material de estos derechos de autor abarca, entre otros, la publicación, explotación, cesión o enajenación de la obra y, por su parte, el aspecto inmaterial de los mismos se relaciona con la salvaguarda de la autoría de la obra y la protección de su integridad. El aspecto inmaterial es el vínculo entre el creador y la obra creada, el cual se prolonga a través del tiempo”⁵⁶⁶.

Como correlato de este derecho, los Estados se ven obligados a respetar el mismo, absteniéndose de violar la prerrogativa de los autores y las autoras a ser reconocidos y reconocidas como tales respecto a sus obras y a oponerse a toda alteración de estas que perjudique su honor o reputación, así como evitar injerir ilegítimamente en sus intereses materiales. Igualmente, deben hacer lo conducente para evitar que terceros interfieran en los derechos de los autores y las autoras. Asimismo, deben cumplir el derecho, estableciendo un régimen legal, administrativo y judicial que posibilite el ejercicio del derecho y la defensa de los intereses morales y materiales de los autores y las autoras. También deben tomar medidas tendientes a promover y facilitar este ejercicio, tales como podría ser, por ejemplo, facilitar la formación de asociaciones que representen a los autores y autoras en resguardo de sus derechos, según señala el Comité DESC en varios párrafos de la Observación General No. 17.

⁵⁶⁵Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párrs. 102 y 103.

⁵⁶⁶Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 103.

El régimen que deben establecer los Estados para posibilitar el ejercicio del derecho debe implicar que esté disponible a autores y autoras recursos administrativos, judiciales y de otra índole, así como legislación y reglamentación adecuadas que permitan defender sus intereses morales y materiales. Como correlato necesario, los Estados deben garantizar la accesibilidad a estos recursos. En este sentido, los tribunales y órganos administrativos deben estar físicamente al alcance de todos y todas –incluyendo autores y autoras con discapacidades– y ser económicamente asequibles –también a grupos desfavorecidos o marginados–. De igual modo, se debe garantizar la posibilidad de acceder y difundir información sobre el régimen legal en cuestión y su funcionamiento. El mismo debe ser administrado de forma competente expeditiva por las autoridades correspondientes; esto hace a la característica de calidad necesaria para la accesibilidad efectiva de dicho régimen, según la Observación General No. 17 del Comité DESC, en su párrafo 18

Un tema de central importancia es el equilibrio entre el goce del derecho aquí analizado y el resto de los derechos humanos; aquél y éstos no pueden considerarse sino en forma conjunta. En primer lugar, el derecho a los beneficios de la protección de los intereses morales y materiales se limita y refuerza por los derechos –de la persona creadora de la obra y de otras personas– a participar de la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico. En este sentido, debe haber un balance entre los intereses privados de autores y autoras y el interés público al disfrute de sus producciones, sin privilegiar a aquél sobre este. Como todo derecho, la protección de los intereses morales y materiales aquí tratada es susceptible de limitaciones y “debe equilibrarse con los demás derechos” humanos. Desde otro punto de vista, también los Estados pueden elevar el grado de protección, siempre en la medida en que con ello no se limite en forma injustificada el goce de terceros de sus derechos humanos. Entre ellos, aparecen como particularmente sensibles los derechos a la alimentación, la salud y la educación. Los Estados deben

evitar que la protección de intereses morales o materiales impida el cumplimiento de estos u otros derechos, por ejemplo, generando costos económicos irrazonablemente altos que obsten el acceso a semillas, alimentación, medicamentos o material educativo, según señala el Comité DESC en varios párrafos de la Observación General No. 17.

Es importante resaltar que el logro del mencionado equilibrio entre los derechos, así como la posibilidad de acceso al derecho de autores y autoras pertenecientes a grupos marginados forman parte de las obligaciones básicas de los Estados. También es una obligación básica que la protección de intereses materiales pueda contribuir como mínimo, al mantenimiento de un nivel de vida adecuado del autor o la autora. Por supuesto, forman parte de este grupo básico de deberes la adopción de las medidas administrativas y de otra índole, necesarias para el ejercicio del derecho en cuestión, tanto en su aspecto material como moral (párrafo 39 de la Observación General No. 17, Comité DESC).

4.10.2 El derecho a la identidad cultural

Como hemos dicho, este derecho encuentra su base normativa genérica en el artículo 27 del PIDCP. De acuerdo a la redacción de esta norma, se trata de un derecho individual relativo a toda persona perteneciente a una minoría (étnica, religiosa, lingüística). La prerrogativa consiste en ejercer la

propia vida cultural. El objeto tutelado es, entonces, la cultura como forma de vida. Por tal motivo, por más que el derecho está expresado en términos individuales, no puede ejercerse sino “en común con los demás miembros [del] grupo” como la misma norma aclara.

En este sentido, los Estados adquieren el deber de proteger la cultura como modo de vida y no solo como objeto o actividad. El cumplimiento y la conceptualización misma de tal deber conlleva la dificultad de delimitar el objeto a resguardar: ya no estamos hablando de actos humanos aislados o de bienes físicos, sino de un ente de mayor complejidad. Al respecto, parece adecuado partir de la definición de la UNESCO, según la cual, la cultura es un “conjunto de rasgos

distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias” (Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural). Sintetizando, puede decirse entonces que la cultura está conformada por aquellos rasgos distintivos que caracterizan una sociedad o grupo social, lo que incluye bienes tanto materiales como inmateriales, así como las formas características que adopta la interrelación humana en el grupo en cuestión.

Los rasgos distintivos de los que habla la definición dada implican diversos elementos (“artes, letras, modos de vida”, etc.) que pueden presentar diversas características (ser “espirituales” o “materiales”, “intelectuales” o “afectivos”). Como se ve, el término “cultura” abarca una gran cantidad de objetos y aspectos. Esto sólo se entiende si se conceptúa la cultura como un proceso, como algo dinámico, como el producto de la constante interacción de los seres humanos de una sociedad o grupo y como aquello que influye a su vez en el modo de ser de los sujetos que interactúan. Dado que, en tanto proceso constante, la cultura está en permanente

evolución, ella es esencialmente dinámica; pero como los cambios son paulatinos y graduales, ello no impide observar en un momento dado cuáles son sus aspectos característicos. Si bien parecería existir una contradicción entre el dinamismo de la cultura y el concepto de identidad, que hace referencia a aquello que permanece, en realidad esta oposición es sólo aparente: justamente lo que confiere identidad cultural a un grupo humanos es la capacidad del mismo de conservar rasgos característicos o de identidad al tiempo en que incorpora cambios⁵⁶⁷. Estos, a su vez, se motivarán en la propia evolución del grupo y en su contacto con otros. La “diversidad cultural”, en efecto, de acuerdo a la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, “se refiere a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades” (artículo 4.1).

El derecho que nos ocupa tiene por correlato las mismas obligaciones estatales que rigen los demás derechos: respetar, proteger y cumplir. Así, el CDH ha dicho que los derechos receptados en el artículo 27 del PIDCP “se refieren sencillamente a que no se debe negar a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a practicar su propia religión y a emplear su propio idioma” (Observación General No. 23, párr. 5.2). El mismo órgano agrega que:

[T]odo Estado Parte está obligado a asegurar la realización y el ejercicio de este derecho y a ampararlo contra toda negativa o violación. Así, las medidas positivas de protección adoptadas por conducto ya sea de sus autoridades legislativas, judiciales o administrativas, son procedentes no sólo contra

⁵⁶⁷ Cfr. Stavenhagen, Rodolfo; “Cultural Rights...” Para un análisis más detallado de estos procesos de institucionalización y cambio, ver la obra de Peter L. Berger y Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad* (Traducción de Silvia Zuleta, Ed. Amorroutu, Bs.As., 1995).

los actos del propio Estado Parte, sino también contra el acto de cualquier persona que se encuentre en el Estado Parte [...] Aunque los derechos amparados por el artículo 27 sean derechos individuales, dichos derechos dependen a su vez de la capacidad del grupo minoritario para conservar su cultura, su idioma o su religión. En consecuencia, puede ser también necesario que los Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de una minoría (párr. 6.1).

El derecho a la identidad cultural tiene una influencia particular en el modo en que deben ser entendidos los demás derechos. El contenido de estos debe ser interpretado tomando en consideración las particularidades culturales del sujeto. Como señala Ruiz Chiriboga: “el [derecho a la identidad cultural] es un derecho autónomo, dotado de singularidad propia (al menos conceptualmente), pero a la vez, es un ‘derecho síntesis’, que abarca (y transversaliza) tanto derechos individuales como colectivos, requiere de la realización y

efectivo ejercicio de todos los derechos humanos y, a la inversa, de su realización depende la vigencia de muchos otros derechos humanos internacionalmente protegidos”⁵⁶⁸.

Esta cuestión se ve claramente en relación con los derechos de los pueblos indígenas, tema que se trata a continuación.

4.10.3 Los derechos de los pueblos indígenas

Antes de hablar estrictamente del aspecto jurídico de los derechos de los pueblos indígenas, señalemos brevemente, en términos generales, su problemática: Existen más de 40 millones de mujeres, hombres y niños indígenas americanos organizados en unos 400 pueblos, en unos casos mayoritarios en otros minoritarios dentro de la población de cada país⁵⁶⁹. La relación histórica con la “Madre Tierra” con la que los pueblos indígenas se identifican hace que en muchos casos sus derechos humanos se vulneren debido a los conflictos que se generan con respecto a la propiedad y tenencia de sus tierras. Además, estos pueblos sufren altos grados de marginación y bajos indicadores de desarrollo social, económico y humano. La vulnerabilidad de los pueblos indígenas no sólo proviene de su condición étnica, que los exponen a distintos modos de discriminación, sino también se presenta por las persecuciones de los líderes y representantes de movimientos sociales indígenas, lo cual afecta a sus intereses. Las mujeres sufren insultos y vejaciones, por ejemplo, por el uso de sus vestidos tradicionales. La situación de los niños y niñas indígenas es dramática, siendo objeto de reclutamiento forzoso por grupos

⁵⁶⁸ Ruiz Chiriboga, Oswaldo, “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano”, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, No 5, Sao Paulo, 2005, p. 46.

⁵⁶⁹ Cfr. CIDH, *La situación de los derechos humanos de los indígenas de las Américas*, OEA/Ser.L/VII.108 Doc. 62, 20 de octubre de 2000.

armados, o de trabajo infantil, como respuesta a la pobreza en que viven⁵⁷⁰.

“[Est]os problemas y retos que enfrentan [...] son producto de largos procesos históricos y de causas estructurales, y no se resuelven solamente con la adopción de una ley o la creación de una institución pública. Requieren de un enfoque multidimensional, de voluntad política y de la participación de los propios pueblos indígenas con base en el respeto a la diferencia y con sensibilidad intercultural”⁵⁷¹. Las diferencias culturales han dificultado a lo largo de la historia el respeto de los elementos eje de las culturas indígenas, priorizando las concepciones mayoritarias de la sociedad en detrimento de los grupos minoritarios, olvidando la necesidad de conocer y respetar las culturas de esas minorías. De aquí la importancia de que el orden jurídico reconozca y resguarde la posibilidad de los pueblos indígenas –así como de cualquier grupo minoritario– de desarrollar libremente su vida cultural.

De los instrumentos que reconocen específicamente derechos de los pueblos indígenas se destacan el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁵⁷². El primero es un tratado específico sobre la materia. El segundo, si bien no es vinculante, expresa los consensos actuales de la comunidad internacional, constituyendo, por este motivo, una importante regla de *soft law* que debería ser tomada en cuenta en la interpretación y aplicación de la legislación y los derechos respectivos, incluyendo el mismo Convenio 169.

⁵⁷⁰Cfr. Asamblea General de la ONU, *La Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, A/60/358, de 16 de septiembre de 2005.

⁵⁷¹Rodolfo Stavenhagen, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, A/HRC/4/32, 27 de febrero de 2007.

⁵⁷²Resolución A/RES/61/295 de la Asamblea General de la ONU de 7 de septiembre de 2007.

Sin perjuicio de tales textos y sin negar el grado de autonomía relativa que detenta la materia, bien puede afirmarse que, conceptualmente, tales derechos tienen su anclaje en el derecho de las personas pertenecientes a minorías a profesar su propia vida cultural. De hecho la Declaración mencionada parte, en sus consideraciones, de resaltar “la necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su concepción de la vida”. Consecuentemente, el artículo 8 señala que “[l]os pueblos y las personas indígenas tienen derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura”.

Uno de los derechos de estos pueblos, que se relaciona íntimamente con la posibilidad de mantener su cultura, es el derecho a su libre determinación. Esta prerrogativa, cuyo titular son los pueblos en tanto entes colectivos, encuentra recepción legal en el artículo 1 común al PIDESC y al PIDCP. Con todo cabe anotar que el artículo 1.3 del Convenio 169 de la OIT señala que “[l]a utilización del término *pueblos* en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”. Por su parte, la Declaración de la ONU sobre Derecho de los Pueblos Indígenas señala en su artículo 4 que “[l]os pueblos indígenas [...] tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos o locales”.

Lo que da el carácter de “pueblo” a los grupos humanos referidos es, en términos generales, el “modo de ser” substancialmente distinto al del grupo dominante. De ahí la íntima ligazón de los derechos a la identidad cultural y a la libre determinación. Por otra parte, este último derecho tiene también como basamento el propio carácter de “indígena” de estos grupos humanos; esto es, la preexistencia temporal del pueblo a la conquista o colonización y, por lo tanto, al surgimiento del Estado (artículo 1 del Convenio 169 de la OIT). La cuestión de la determinación de la conformación actual de estos pueblos, es decir, qué personas pueden considerarse indígenas, es un problema arduo dado que estas comunidades no han permanecido aisladas sino que han interactuado con

otras. El criterio legal obliga a tomar en consideración, de modo principal, la auto-adscripción de una persona a un pueblo indígena.

Sin perjuicio de lo anterior, debe advertirse que el régimen jurídico aplicable es substancialmente el mismo en relación a pueblos indígenas y a pueblos tribales. Estos se diferencian de los pueblos indígenas en que no preexisten temporalmente al grupo poblacional dominante asentado en el territorio estatal. No obstante, al igual que los pueblos indígenas, presentan características sociales, culturales y económicas propias y, por lo tanto, son merecedores de análogas medidas de protección⁵⁷³. Por ello, todo lo que se dirá a continuación en relación pueblos indígenas, es aplicable también a pueblos tribales.

La potestad de los pueblos indígenas de conservar sus propias costumbres e instituciones, mantener su sistema jurídico, ser consultados respecto a las decisiones que pudieren afectarlos, decidir sus propias prioridades en relación al proceso de desarrollo en la medida en que se vean afectados por él, controlar su propio desarrollo, detentar la propiedad y posesión de sus tierras tradicionales y sus recursos naturales son manifestaciones concretas de su derecho a la libre determinación. Estos derechos no menoscaban aquellos que la persona indígena tenga en su calidad de habitante o ciudadana, ni la posibilidad de los pueblos indígenas de participar en los asuntos del Estado⁵⁷⁴.

4.10.4 La adaptación cultural de los derechos

La problemática indígena y los temas esbozados en los párrafos anteriores son susceptibles de un desarrollo mucho más amplio. Nos abocaremos a continuación sólo a enunciar

⁵⁷³ Cfr. Convenio 169 de la OIT, artículo 1. También Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka...*, párrs. 85 y 86.

⁵⁷⁴ Cfr. (Convenio 169, artículos 6, 7, 8, 14, 15; Declaración de la ONU sobre derechos de los pueblos indígenas, artículos 1, 3, 5, 6, 10, 33).

algunas particularidades que el derecho a la identidad cultural, así como la normativa propia referida a los derechos de los pueblos indígenas, generan sobre el contenido de los DESC en relación a derechos con dichos pueblos y sus miembros⁵⁷⁵. Veremos entonces algunas cuestiones atinentes al vínculo de los pueblos indígenas con la tierra y los recursos naturales y, en segundo lugar, cuestiones que surgen de derechos estrechamente relacionados a lo anterior, tales como son

⁵⁷⁵ La incidencia de las particularidades culturales y del derecho a la identidad cultural en el modo de interpretar otros derechos está reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (cfr. artículos 5, 8, a 10 y 13) y fue reconocido también en numerosas oportunidades por los órganos del SIDH (Cfr., además de la resolución mencionada, las que se enuncian a continuación: CIDH: Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, OEA. Ser.L./V/II.96.Doc.10 rev 1, 24 de abril de 1997, p. 115; caso 12.053 *Comunidades Indígenas Maya del distrito de Toledo* (Bélice); Informe No 40/04 de 12 de octubre de 2004, párr. 114; caso 11.140 *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos); Informe N° 75/02 de 27 de diciembre de 2002, párr. 128; Medidas cautelares otorgadas a favor de los miembros del pueblo indígena Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta, Colombia, el 4 de febrero de 2005. Medidas Cautelares otorgadas a favor de los miembros de los pueblos indígenas Ingaricó, Macuxi, Wapichana, Patamona y Taurepang en Raposa Serra do Sol, estado de Roraima el 6 de diciembre de 2004 (Brasil); Medidas cautelares, a favor del pueblo indígena Kankuamo de la Sierra Nevada de Santa Marta el 24 de septiembre de 2003 (Colombia); Medidas cautelares otorgadas a favor de los miembros de la Comunidad Indígena Sarayaku el 5 de mayo de 2003 (Ecuador); Petición 790/01. *Gran Cacique Michael Mitchell* (Canadá). Informe No 74/03 (Admisibilidad) de 22 de octubre de 2003, párrs. 35 a 38. La Corte IDH, a partir de su sentencia sobre reparaciones en el caso *Aloeboetoe*, de 10 de septiembre de 1993 (Serie C No. 15), en que consideró pertinente tener en cuenta las costumbres de la tribu Saramaka para determinar la forma de distribuir la indemnización correspondiente por la violación a derechos humanos de miembros de esa comunidad (párr. 62), ha considerado las particularidades culturales de los pueblos indígenas a efectos de determinar el modo en que, respecto de ellos, deben ser entendidos y resguardados sus derechos y que ello hace al respeto de su derecho a la identidad cultural (Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka*, Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 80 a 91; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 118, 120, 121, 131, 132, 139, 222, 235; *Caso Yatama*, Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 218, 225; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 135, 137 y 147; *Caso Comunidad Moiwana*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124 párrs. 93, 96, 100, 101, 103, 118, 119, 120, 131, 133, 134, 135, 209, 212; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 151).

los referidos a un ambiente sano, a la salud, al agua y a la alimentación.

4.10.5 El derecho a las tierras y los recursos naturales

Un aspecto de importancia fundamental para los pueblos indígenas y el goce de sus derechos es su vínculo con la tierra y los recursos naturales. De hecho, el CDH, interpretando el artículo 27 del PIDCP, ha señalado que “en algunos de sus aspectos, los derechos de las personas amparadas en virtud de este artículo –por ejemplo, el disfrute de una determinada cultura– pueden guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de recursos. Esto podría ser particularmente cierto en el caso de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría”. En el mismo sentido, la Corte IDH se ha expresado, diciendo que: “[l]a cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”⁵⁷⁶. Esta relación puede pensarse desde los derechos a la vivienda y a la propiedad.

⁵⁷⁶ Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 135. En su sentencia relativa al *Caso del Pueblo Saramaka*, la Corte IDH, mencionando su jurisprudencia anterior relativa a los casos *Mayagna*, *Sawhoyamaya* y *Yakye Axa*, explicó que “[l]as decisiones de la Corte [IDH] han estado todas basadas sobre la relación especial que los miembros de pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, y sobre la necesidad de proteger su derecho a aquel territorio para salvaguardar la supervivencia física y cultural de tales pueblos.” (*Caso del Pueblo Saramaka*, Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 90. Traducción de los autores. El texto original dice: “[t]he Court’s decisions to this effect have all been based upon the special relationship that members of indigenous and tribal peoples have with their territory, and on the need to protect

El derecho a la vivienda, en efecto, puede traducirse en un derecho al acceso a la tenencia de la tierra⁵⁷⁷. En esta línea, el Relator Especial de las Naciones Unidas para la vivienda ha dicho que la reforma agraria debe ser prioritaria en el desarrollo rural⁵⁷⁸. Dicho Relator también ha señalado que “la tierra es un recurso esencial para la vivienda [...] los derechos a la tierra y a la vivienda son congruentes entre sí. Si la vivienda se contempla como un derecho al lugar donde vivir con seguridad y dignidad [...], entonces incluye necesariamente la seguridad de la tenencia y un acceso equitativo al recurso tierra [...] estos dos derechos deben ser contemplados en forma global”⁵⁷⁹. Esto es particularmente trascendente en relación a pequeños agricultores, mano de obra agrícola rural o pueblos indígenas⁵⁸⁰. En este último caso, existe además una particular

their right to that territory in order to safeguard the physical and cultural survival of such peoples.”)

⁵⁷⁷ Cfr. Comité DESC. *Observación General No. 4. El derecho a una vivienda adecuada* (párr. 1 del artículo 11 del Pacto). 6º período de sesiones. Documento E/1992/23, párrs. 8. En palabras de este órgano, “el mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la sociedad debería ser el centro del objetivo de la política [de vivienda.]” (párr. 8).

⁵⁷⁸ Cfr. Informe de Miloon Kothari, Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, de 14 de marzo de 2006. Documento de Naciones Unidas E/CN.4/2006/41, párr. 29.

⁵⁷⁹ Relator Especial de Naciones Unidas sobre la vivienda adecuada, Sr. Rajindar Sachar. *El derecho a la vivienda*. Informe final de 12 de julio de 1995. Documento de Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1995/12, párr. 54. Once años después, el Sr. Miloon Kothari, a cargo de la misma relatoría, se expresó del mismo modo, sosteniendo que información recabada en misiones a varios países demuestran que la realización del derecho a la vivienda no puede examinarse de modo aislado de consideraciones sobre tierra y propiedad (Cfr. Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, de 14 de marzo de 2006. Documento de Naciones Unidas E/CN.4/2006/41, párr. 29).

⁵⁸⁰ Cfr. Relator Especial de Naciones Unidas sobre la vivienda adecuada, Sr. Rajindar Sachar. *El derecho a la vivienda*. Informe final de 12 de julio de 1995. Documento de Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1995/12, párr. 53. El Relator agregó, en el mismo párr., que “[p]ara millones de personas en todo el mundo, especialmente de las zonas rurales, la tierra

ligazón de los mismos al territorio que habitan vinculada a sus particularidades culturales (*supra* capítulo de medio ambiente). En estos casos, muchas veces la tierra es imprescindible para la subsistencia y el goce de sus derechos económicos, sociales y culturales⁵⁸¹.

Tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración de la ONU sobre derechos de los pueblos indígenas ordenan a los Estados que se reconozcan los derechos de estos pueblos a la propiedad y posesión de las tierras que ocupan tradicionalmente⁵⁸². El derecho de propiedad, en términos de la CIDH:

[D]ebe ser interpretado y aplicado en el contexto de las comunidades indígenas con la debida consideración por los principios que se relacionan con la protección de las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural y de los derechos a la tierra, los territorios y los recursos. Se ha sostenido que esto incluye el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus diversas y específicas formas y modalidades de control, propiedad, uso y goce de los territorios y bienes, y al reconocimiento de su derecho de

es el principal recurso para la supervivencia”, y que “[l]a consecuencia de que los gobiernos no hayan efectuado reformas agrarias [...] y de que no hayan puesto fin a la especulación y comercialización de la tierra es la situación actual en la que los desalojamientos, la carencia de tierra y la falta de vivienda van en aumento”.

⁵⁸¹ Esto se ha reflejado en los hechos pertinentes a casos tramitados ante el SIDH relativos a pueblos indígenas (Cfr. CIDH, Medidas cautelares a favor de los miembros de la Comunidad Indígena Kelyenmagategma del Pueblo Enxet el 12 de octubre de 2004 (Paraguay), Medidas cautelares otorgadas a favor de la Comunidad Indígena Yaxye Axa el 26 de septiembre de 2001 (Paraguay), Petición 12.313. *Comunidad Indígena Yaxye Axa del Pueblo Enxet-Lengua* (Paraguay). Informe No 2/02 (Admisibilidad) de 27 de febrero de 2002, párrs. 19 a 25 y 45).

⁵⁸² Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículo 14. (De acuerdo al mismo artículo, es deber de los Estados también adoptar medidas para hacer posible la determinación de esas tierras y generar procedimientos adecuados para solucionar reivindicaciones de tierras). Cfr. también Declaración de la ONU sobre derechos de los pueblos indígenas, artículos 26 a 28.

propiedad y posesión con respecto a la tierra, los territorios y los recursos que han ocupado históricamente⁵⁸³.

Asimismo, en el caso de la Comunidad Indígena Sawhoymaxa, en su párrafo 128, la Corte IDH expresó que:

1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas. El presente caso se encuadra dentro del último supuesto.

Así las cosas, los Estados tienen la obligación de delimitar y demarcar las tierras tradicionales⁵⁸⁴; estableciendo

⁵⁸³Caso 12.053 *Comunidades Indígenas Maya del distrito de Toledo* (Bélice). Informe No 40/04 de 12 de octubre de 2004, párr. 115. La Corte IDH se ha pronunciado en el mismo sentido, diciendo que “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la [CADH]” (caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137).

⁵⁸⁴Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 153; *Caso del Pueblo Saramaka*, Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 115. Sobre este asunto, la Relatora Especial de Naciones Unidas, Sra. Érica-Irene A. Dachs ha afirmado que “El reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido o delimitado físicamente la propiedad”

procedimientos adecuados y efectivos para tales actos⁵⁸⁵; titular efectivamente las tierras a favor de los pueblos correspondientes⁵⁸⁶ y no modificar tal título frente a la omisión de consentimiento de los pueblos involucrados⁵⁸⁷. En su caso, los Estados deberán proceder a la devolución o restitución de tales tierras si estuvieren en poder de particulares, lo que genera el deber de adquirirlas de ser necesario⁵⁸⁸. Asimismo, los Estados tienen que esforzarse en evitar traslados de comunidades indígenas⁵⁸⁹. Solo excepcionalmente esto podría efectuarse, si fuere necesario y, además, se contara con su consentimiento o, en su defecto, se hubieran incoado de modo previo procedimientos en que ellos hubieran estado representados⁵⁹⁰. En este caso, si fuera factible, los Estados deberán posibilitar que los pueblos indígenas vuelvan a sus tierras⁵⁹¹. Estando los mismos privados de estas –sea por haber sido trasladados, sea porque el Estado se ha visto imposibilitado de restituir sus tierras tradicionales, o por

(Cfr. “*Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*”, E/CN.4/Sub.2/2000/25, 30 de junio de 2000).

⁵⁸⁵ Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 37.

⁵⁸⁶ Cfr. CIDH. Caso 11. 140. *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos) Informe No 75/02 (fondo) de 27 de diciembre de 2002, párr. 130; Corte IDH *Caso del Pueblo Saramaka*, Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 115.

⁵⁸⁷ Cfr. CIDH. *Informe sobre la situación de los miskitos*, (citado en Comisión Interamericana de Derechos Humanos *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, de 20 de octubre 2000), párr. 25.

⁵⁸⁸ Cfr. CIDH. *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, de 20 de octubre de 2000, página 121.

⁵⁸⁹ Cfr. CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito*, (citado en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, de 20 de octubre 2000), párrs. 128 y 129; Declaración de la ONU sobre derechos de los pueblos indígenas, artículo 10.

⁵⁹⁰ Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículo 16, incisos 2.

⁵⁹¹ *Supra*, artículo 16, inciso 3.

cualquier otro motivo— los Estados deben proporcionarles otras tierras de calidad y estatuto jurídico iguales, que les permitan hacer frente a sus necesidades y desarrollo⁵⁹². En cualquiera de los casos precedentes, de ser necesario, deberá asignarse a los pueblos indígenas el adicional de territorio que sea necesario a efectos de garantizarles una existencia normal o posibilitarles hacer frente a su crecimiento numérico⁵⁹³. La adopción de estas medidas, así como de legislación que reconozca los respectivos derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, no constituye discriminación ilegítima alguna⁵⁹⁴. Por otra parte, la eventual existencia de dificultades en la comprensión de las costumbres, organización o características de los pueblos indígenas —por ejemplo, en cuanto a su régimen jurídico en relación a la tierra—, no exime a los Estados del cumplimiento de sus obligaciones⁵⁹⁵.

De acuerdo a la doctrina de los órganos del SIDH y a lo expuesto anteriormente, parecería que en tanto un Estado no cumpla con estas obligaciones, tampoco podría efectuar el desalojo de poblaciones indígenas de tierras que de hecho ocupen, máxime cuando ello afecte otros derechos de las personas que pertenecen a las mismas⁵⁹⁶.

⁵⁹²Supra, artículo 16, inciso 4.

⁵⁹³Supra, artículo 19.

⁵⁹⁴Cfr. Corte IDH *Caso del Pueblo Saramaka*, Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 102 y 103.

⁵⁹⁵Cfr. Corte IDH *Caso del Pueblo Saramaka*, Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs 101 y 102.

⁵⁹⁶Cfr. Medidas cautelares otorgadas a favor en favor de la Comunidad Indígena Yaxye Axa el 26 de septiembre de 2001 (Paraguay). En el caso, la comunidad referida ocupó tierras que se encontraban frente a aquellas que reclamaba como propias y a las que se veía impedida de acceder. Este hecho generó una situación de extrema necesidad de los miembros de la comunidad, quienes tenían dificultades para acceder a la alimentación y a servicios de salud. La Comisión ordenó, entre otras cosas, suspender la ejecución de cualquier orden judicial de desalojo.

La Corte IDH en diversos pronunciamientos ha establecido pautas concordantes a las mencionadas⁵⁹⁷. Por otra parte, siempre deberá garantizarse la consulta y participación de los Pueblos Indígenas en la determinación de medidas que afecten las tierras o territorios. De acuerdo a la CIDH,

[L]os Artículos XVIII [derecho de justicia] y XXIII [derecho a la propiedad] de la Declaración Americana obligan especialmente a los Estados miembros a garantizar que toda determinación de la medida en que los reclamantes indígenas mantienen intereses en las tierras de las que han poseído tradicionalmente título y que han ocupado y utilizado, se base en un proceso de total información y mutuo consentimiento de parte de la comunidad indígena en su conjunto. Esto requiere, como mínimo, que todos los miembros de la comunidad estén plena y cabalmente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y se les brinde una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷ Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka*, Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 115. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamasa*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 109, 127, 128, 130, 135, 138, 210, 212, 213, 214, 235; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 144 a 149 y 217; caso *Comunidad Indígena Yakye Axa* Solicitud de Interpretación de la Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y costas (Art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142, párrs. 22, 23, 24, 25 y 26; caso *Comunidad Moiwana*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124 párrs. 131, 134, 209 a 211, punto resolutivo 3; caso *Comunidad Moiwana*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y costas (Art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 8 de febrero de 2006. Serie C No. 145, párr. 19. caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, punto resolutivo 3.

⁵⁹⁸ Caso 11. 140. *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos) Informe No 75/02 (fondo) de 27 de diciembre de 2002, párr. 140. Concordantemente, la Comisión, al decidir sobre la admisibilidad de una petición, ha dicho que “la falta de implementación de una política de demarcación y titulación de tierras [...] a través de una forma legal respetuosa de la forma de vida de las comunidades, de ser comprobada podría caracterizar violaciones a los derechos garantizados en los artículo 8 (1) (garantías judiciales), 13 (libertad de pensamiento y de expresión) en conexión con el artículo 23 (derechos políticos), artículo 21 (derecho a la propiedad privada) y, artículo 25 (protección judicial), todos de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales consagradas en los artículos 1 y

Por su parte, la Corte IDH ha expresado que

“[el] deber [de consultar a los pueblos indígenas o tribales, en orden a posibilitar su participación efectiva en planes de desarrollo o inversión relativos a su territorio,] requiere que el Estado acepte y difunda información, e implica la comunicación constante entre las partes. Estas consultas deben ser hechas de buena fe, realizarse por procedimientos culturalmente apropiados y con el objetivo de alcanzar un acuerdo. Además, debe consultarse [al pueblo indígena o tribal implicado], conforme a sus propias tradiciones, en las etapas tempranas de un plan de desarrollo o inversión, no sólo cuando surge la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si tal es el caso. El temprano aviso proporciona el tiempo para la discusión interna dentro de comunidades y para el dialogo apropiado con el Estado. El Estado también debe asegurar que los miembros de[l pueblo indígena o tribal implicado] sean conscientes de los riesgos posibles, incluyendo riesgos ambientales y para la salud, para que el propuesto plan de desarrollo propuesto o inversión sean aceptados a sabiendas y voluntariamente. Finalmente, la consulta debería tomar en cuenta de los métodos tradicionales de[l pueblo indígena o tribal implicado] de toma de decisiones. “Adicionalmente [...] en relación a proyectos de desarrollo en gran escala o de inversión que tendrían un impacto principal dentro del territorio [del pueblo indígena o tribal implicado], el Estado tiene un deber, no sólo consultar con [dicho pueblo], sino también de obtener su consentimiento libre, previo, e informado, según sus costumbres y tradiciones.”⁵⁹⁹”

2 de dicho tratado” (Petición 12.094. *Comunidades aborígenes Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)* (Argentina). Informe N° 78/06 (Admisibilidad) de 21 de octubre de 2006, párr. 89. Ver además la decisión de este órgano en el año 2004 en relación al caso *Mayas de Toledo* (párr. 132).

⁵⁹⁹ *Caso del Pueblo Saramaka*, Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 133 y 134 (Traducción de los autores. El texto original dice: “in ensuring the effective participation of members of the Saramaka people in development or investment plans within their territory, the State has a duty to actively consult with said community according to their customs and traditions [...]. This duty requires the

Asimismo, llegado el caso, en relación a importantes actividades de desarrollo o inversión que afecten recursos comprendidos dentro de su territorio, deberá asegurarse a los pueblos indígenas o tribales implicados participación en los beneficios del mismo. Lo contrario, en el entendimiento de la Corte IDH, menoscabaría el derecho de propiedad que tales pueblos tienen sobre sus tierras⁶⁰⁰.

De acuerdo a la doctrina de los órganos del SIDH y a lo expuesto anteriormente, parecería que en tanto un Estado no cumpla con estas obligaciones, tampoco podría efectuar el desalojo de poblaciones indígenas de tierras que de hecho ocupen, máxime cuando ello afecte otros derechos de las personas que pertenecen a las mismas⁶⁰¹.

State to both accept and disseminate information, and entails constant communication between the parties. These consultations must be in good faith, through culturally appropriate procedures and with the objective of reaching an agreement. Furthermore, the Saramakas must be consulted, in accordance with their own traditions, at the early stages of a development or investment plan, not only when the need arises to obtain approval from the community, if such is the case. Early notice provides time for internal discussion within communities and for proper feedback to the State. The State must also ensure that members of the Saramaka people are aware of possible risks, including environmental and health risks, in order that the proposed development or investment plan is accepted knowingly and voluntarily. Finally, consultation should take account of the Saramaka people's traditional methods of decision-making. Additionally, the Court considers that, regarding large-scale development or investment projects that would have a major impact within Saramaka territory, the State has a duty, not only to consult with the Saramakas, but also to obtain their free, prior, and informed consent, according to their customs and traditions").

⁶⁰⁰ Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka*, Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs 138 a 140.

⁶⁰¹ Cfr. Medidas cautelares otorgadas a favor en favor de la Comunidad Indígena Yaxye Axa el 26 de septiembre de 2001 (Paraguay). En el caso, la comunidad referida ocupó tierras que se encontraban frente a aquellas que reclamaba como propias y a las que se veía impedida de acceder. Este hecho generó una situación de extrema necesidad de los miembros de la comunidad, quienes tenían dificultades para acceder a la alimentación y a servicios de salud. La Comisión ordenó, entre otras cosas, suspender la ejecución de cualquier orden judicial de desalojo. Ver también CIDH, informe No 55/07, admisibilidad, Petición 987-04, *Comunidad Indígena Kelyenmagategma del Pueblo Enxet-Lengua y sus miembros*, Paraguay, 24 de julio de 2007. En dicha decisión, la CIDH afirma que hechos tales como que miembros de una comunidad indígena

4.10.6 Los derechos de los pueblos indígenas a un medio ambiente sano, a la salud, al agua y a la alimentación

Cuatro derechos íntimamente vinculados entre sí, y también estrechamente relacionados al territorio son aquellos referidos a un medio ambiente sano, a la salud, al agua y a la alimentación⁶⁰².

En su sentencia respecto al Caso del Pueblo Saramaka, la Corte IDH observó que “el derecho de usar y disfrutar de su territorio carecería de significado en el contexto de comunidades indígenas y tribales si dicho derecho no fuera unido a los recursos naturales que están sobre y dentro de la tierra”⁶⁰³.

En este sentido, constituye un antecedente de importancia el caso *Awás Tingi*, decidido por la Corte IDH. El Tribunal, luego de reconocer el derecho de la comunidad indígena a la propiedad colectiva de la tierra que habitaban (párrs. 142 a 149) y establecer el deber del Estado de demarcar la misma, determinó que éste debía procurar evitar que se “afecten la

se vean sometidos a un patrón de violencia o coacción, por parte de una empresa, al amparo del poder público, con el fin de desplazarlos de sus asentamientos y hacerlos cesar en la reivindicación del territorio puede configurar una violación a los artículos 2, 17, 19, 22 de la CADH –obligación de adoptar medidas, derechos a la protección de la familia, a medidas especiales de protección de niños y niñas, de circulación y residencia- y 13 del PSS – derecho a la educación. De aquí se infiere que, en el entendimiento de la CIDH, de acuerdo a las circunstancias del caso, puede configurarse un deber de los Estados de no desplazar a los pueblos indígenas de las tierras que ocupen, así como de proteger a los mismos de desplazamientos provocados por particulares, en caso en que ello pudiera conducir al menoscabo de derechos humanos de sus miembros. Ello sería así aún cuando las tierras que ocupen no sean de su propiedad, o ello no haya sido determinado todavía (párrs. 23 y 82).

⁶⁰²Cfr. Declaración de la ONU sobre derechos de los pueblos indígenas, artículos 24, 29, 31, 32.

⁶⁰³*Caso del Pueblo Saramaka*, Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 122 (traducción de los autores. El texto original dice: “the right to use and enjoy their territory would be meaningless in the context of indigenous and tribal communities if said right were not connected to the natural resources that lie on and within the land”).

existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad” (párr. 153, Moiwana párr. 211). Con posterioridad, consideró que actividades agropecuarias y de explotación maderera realizadas por particulares no pertenecientes a la comunidad, “configura[ban] una situación de extrema gravedad y urgencia en relación con el respeto a la propiedad de la Comunidad Mayagna, incluidos los recursos existentes en ella, que son base de su subsistencia, cultura y tradiciones”⁶⁰⁴. Esto motivó la adopción de medidas provisionales en las que el Tribunal ordenó al Estado “proteger el uso y disfrute de la propiedad de las tierras pertenecientes a la Comunidad [...] y de los recursos naturales existentes en ellas, específicamente aquéllas tendientes a evitar daños inmediatos e irreparables resultantes de las actividades de terceros [...] que exploten los recursos naturales existentes en el mismo”⁶⁰⁵.

También la CIDH, en la misma línea, ha considerado que tanto la concesión de permisos a terceros para la explotación de recursos naturales situados en territorio perteneciente a una comunidad indígena, sin realizar previamente una consulta adecuada a la comunidad en cuestión, como el daño ambiental causado por tales actividades, vulnera el derecho de propiedad⁶⁰⁶. Asimismo, ha otorgado medidas cautelares destinadas a suspender actividades que afectarían los recursos naturales o el ambiente de territorios en que se asentaban comunidades indígenas, en el entendimiento de que ello podría producir un daño irreparable a los derechos de éstas. Es destacable que ello fue así aún cuando no todas las actividades

⁶⁰⁴Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*. Medidas Provisionales Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 06 de septiembre de 2002, considerando sexto.

⁶⁰⁵Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*. Medidas Provisionales Resolución de la Corte IDH de 6 de septiembre de 2002, punto resolutivo primero.

⁶⁰⁶Caso 12.053 *Comunidades Indígenas Maya del distrito de Toledo* (Belice). Informe No 40/04 de 12 de octubre de 2004, párrs. 144, 147, 148, 153.

referidas eran susceptibles de generar un menoscabo a la salud. Así, el 20 de octubre de 2000, en favor de las Comunidades Indígenas Mayas y sus miembros, solicitó al Estado de Belice que adoptara las medidas necesarias para suspender todos los permisos, licencias, y concesiones relativas a la explotación de petróleo u otros recursos naturales en las tierras utilizadas y ocupadas por dichas comunidades. En similar sentido, el 8 de agosto de 2002 otorgó medidas cautelares para proteger a doce clanes Saramaka respecto a concesiones madereras, mineras y de construcción de caminos en el territorio indígena otorgadas por el Estado sin consultar a las comunidades pertinentes; además, entre 20 y 30 toneladas de mercurio habían sido liberadas en el medio ambiente, contaminando las fuentes de agua y la vida marina.

En relación al derecho a un medio ambiente sano, debe recordarse lo dicho por la Corte IDH en su sentencia sobre el caso del Pueblo Saramaka, en el sentido de que la omisión de realización de un estudio de impacto ambiental respecto a actividades de desarrollo a producirse en su territorio vulnera los derechos del pueblo indígena o tribal implicado (supra 4.9.3)

La CIDH también ha considerado que alegatos referidos a la imposibilidad de utilizar y gozar el territorio legalmente reconocido, de desarrollar las actividades tradicionales de supervivencia y explotación de los recursos naturales en el territorio y en las zonas aledañas, así como la falta de consulta previa sobre el régimen legal, actividades permisibles y protección del medio ambiente en dichos territorios y zonas aledañas, podrían constituir una violación del artículo 21 de la Convención, en conexión con el artículo 1.1. de la CADH⁶⁰⁷.

Respecto del derecho a la salud, debe considerarse que las comunidades indígenas o minorías étnicas son vulnerables a problemas de salud particulares y sin embargo son objeto de mayores obstáculos para el disfrute del derecho a la salud⁶⁰⁸. Se encuentran en una situación de desigualdad debido a barreras geográficas, culturales, económicas y lingüísticas⁶⁰⁹. En muchos casos, el subdesarrollo socioeconómico y la discriminación étnica o racial de una parte de la población, en especial comunidades indígenas y campesinas, están estrechamente relacionadas⁶¹⁰, y eso tiene incidencia, en la protección del derecho a la salud⁶¹¹. La CIDH estableció que

⁶⁰⁷ CIDH, Informe No. 39/07, Admisibilidad, Petición 1118-03 Comunidad Garífuna de Cayos Cochinos Honduras 24 de julio de 2007, párr. 66.

⁶⁰⁸ La desigualdad de la que son objeto, las condiciones de empobrecimiento que sufren, y la marginación son alguno de los obstáculos que inciden en su derecho de acceso a los servicios sociales y de salud, y dentro de estos grupos, en muchos casos las mujeres son las que sufren una mayor marginación lo que aumenta el índice de problemas de salud. Ver por ejemplo, Informe Especial de la CIDHs sobre México 1998, OEA/Serv. L/V/II.100, Doc. 7 rev. 1 de 24 de septiembre de 1998, párrs. 510, 513 y 537

⁶⁰⁹ Informe presentado por el Sr. Paul Hunt, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, misión al Perú, E/CN.4/2005/51/Add.3, de 4 de febrero de 2005, párr. 79.

⁶¹⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, informe del Perú 1999. CERD/C/304/Add.69, párr. 12.

⁶¹¹ “Alimentación insuficiente, extrema pobreza e inexistencia de políticas de salud preventivas son las causas de los problemas de salud de la población indígena en Guatemala. Las principales causas de las enfermedades y problemas de salud de la población indígena se originan

“la protección de las poblaciones indígenas constituye tanto por razones históricas como por principios morales y humanitarios, un sagrado compromiso de los estados”⁶¹². Más aún, estas comunidades tienen derecho a medidas específicas destinadas a favorecer y mejorar su acceso a servicios de salud y la atención sanitaria⁶¹³ que sean además adecuados desde el punto de vista cultural. Esto implica, entre otras cosas, tener en cuenta los remedios y curas tradicionales de esas culturas.

En el caso *Yanomani*, la CIDH declaró que el Estado había violado el derecho a la preservación de la salud y al bienestar de esa comunidad indígena “por la omisión de haber adoptado oportuna y eficazmente medidas” en este caso para evitar el considerable número de muertes por epidemias de influenza, tuberculosis, sarampión, malaria, enfermedades venéreas, etc. que sufrieron los integrantes de esta comunidad como consecuencia de la invasión que se produjo, sin previa y adecuada protección para la seguridad y salubridad de los indios, de trabajadores de la construcción, geólogos, exploradores mineros y colonos que llegaron a sus tierras después del descubrimiento de minerales de estaño y otros metales en la región, así como por la construcción de una autopista⁶¹⁴. La tierra, por la relación especial que tienen con ella, es uno de los elementos esenciales para muchas comunidades indígenas y, por tanto, para la subsistencia de su cultura y tradiciones⁶¹⁵. En términos de derecho a la salud, las tierras aportan a las comunidades indígenas todos aquellos

en las condiciones de sanidad ambiental de las comunidades y en las condiciones laborales de los asalariados agrícolas”, CIDH *Informe sobre Guatemala 2001*, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 21 rev. de 6 de abril de 2001, capítulo XI, párr. 48.

⁶¹² Caso *Yanomani*, Resolución N° 12/85, caso N° 7615 (Brasil), 5 de mayo de 1985, considerando número 8.

⁶¹³ Informe Especial de la CIDH sobre México 1998, OEA/Serv. L/V/II.100, Doc. 7 rev. 1 de 24 de septiembre de 1998, párr. 744.

⁶¹⁴ Caso *Yanomani*, Resolución N° 12/85, caso N° 7615 (Brasil), 5 de mayo de 1985, considerando número 10, y punto resolutivo 1.

⁶¹⁵ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 149.

elementos necesarios para su subsistencia, esto es, aquellos que le procuran alimentación básica y salud, a través de la medicina tradicional acorde con su cultura y tradiciones⁶¹⁶.

Por su parte, el Comité DESC, en relación con el derecho a la salud, ha dicho que “deberán protegerse las plantas medicinales, los animales y los minerales que resultan necesarios para el pleno disfrute de la salud de los pueblos indígenas” y que “las actividades relacionadas con el desarrollo que inducen al desplazamiento de poblaciones indígenas, contra su voluntad, de sus territorios y entornos tradicionales, con la consiguiente pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre la salud de esas poblaciones” (Observación General No. 14, párrafo 27). En relación con el derecho al agua, este órgano ha establecido que los Estados deben adoptar medidas para “velar por que [... e]l acceso de los pueblos indígenas a los recursos de agua existentes en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas. Los Estados deben

⁶¹⁶ CIDH, caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros*, admisibilidad, Informe N° 62/04, Petición 167/03, Ecuador, 13 de octubre de 2004. La CIDH admitió el caso para el examen de posible violación, entre otros, del artículo 26 de la CADH. En este caso se solicita a la Comisión que declare la responsabilidad internacional del Estado por las acciones que permitieron que una compañía petrolera incursionara en el territorio ancestral de la Comunidad indígena de Sarayaku sin haber sido consultado el pueblo indígena ni habiendo obtenido su consentimiento, y por las omisiones del Estado que no impidió la violación sistemática de los derechos de este pueblo por parte de la compañía. La Corte IDH sin embargo no estableció específicamente la afectación al derecho a la salud de los integrantes de esta comunidad en la resolución de medidas provisionales del mismo caso, sino que lo analizó como una afectación al derecho a la vida, en base a la afirmación de que “[e]l derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido”. Corte IDH. Asunto Pueblo Indígena Sarayaku. Medidas Provisionales respecto a Ecuador. Resolución de 17 de junio de 2005, considerando 10.

facilitar recursos para que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua”⁶¹⁷.

Otro tanto ocurre respecto al derecho a la alimentación. De acuerdo al Relator Especial para el Derecho a la Alimentación, “[l]os niveles de hambre y malnutrición [en los pueblos indígenas] por lo general son desproporcionadamente superiores a los que se registran en la población no indígena”⁶¹⁸. Algunos de los problemas que se asocian a esta situación son la falta de reconocimiento de su derecho a la tierra, la apropiación de sus recursos naturales y dificultades en el acceso a la justicia⁶¹⁹. Por este motivo, los Estados deben adoptar medidas concretas para evitar la discriminación de estos pueblos y para lograr el respeto, la protección y la efectivización de su derecho a la alimentación⁶²⁰. En relación con las comunidades indígenas, su derecho a la alimentación debe satisfacerse teniendo en cuenta su cultura. Dada la íntima ligazón de los pueblos indígenas a la tierra⁶²¹, el goce del derecho a la alimentación se verá asociado

⁶¹⁷ Observación General No. 15 (*El derecho al agua, artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*). 29º período de sesiones. 2002, párr. 16.

⁶¹⁸ Cfr. Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler. *El derecho a la alimentación*. Informe de 1 de septiembre de 2006. Documento A/61/306, párr. 42.

⁶¹⁹ *Ibíd.*

⁶²⁰ Cfr. Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler. *El derecho a la alimentación*. Informe de 1 de septiembre de 2006. Documento A/61/306, párr. 44.

⁶²¹ El Convenio No 169 de la Organización Internacional del Trabajo dedica su segunda parte (artículos 13 a 19) a la cuestión de las tierras. En los primeros artículos de esta sección establece que “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación [...]. d]eberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” (artículos 13.1) y 14.1)). La CIDH ha dicho que “[l]a tierra constituye para los pueblos indígenas una condición de la seguridad individual y de enlace del grupo. La recuperación, reconocimiento, demarcación y registro de las tierras significan derechos esenciales para la supervivencia cultural y para mantener la integridad comunitaria”. *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el*

a la posibilidad de ejercicio de su derecho a la propiedad de la tierra o territorio⁶²² y a derechos conexos con él, tales como el derecho a participar de las decisiones que los afecten o el derecho a un ambiente sano⁶²³. En esta línea, la Corte IDH tuvo la oportunidad de juzgar dos casos similares –*Comunidad Indígena Yakye Axa* y *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, ambos contra Paraguay– cuyos hechos mostraban que el desplazamiento de la comunidad indígena respectiva de sus tierras ocasionó a sus miembros serios problemas para hacerse de alimento. La Corte, con base en la interdependencia de los derechos a la alimentación –y otros– y el derecho a la vida, teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad en que se encontraban estas personas y el deber del Estado de garantizar el derecho, concluyó que se había violado el derecho a la vida en perjuicio de los integrantes de la comunidad en cuestión.

Perú. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 59 rev. 2 junio 2000 Capítulo X, párr. 16).

⁶²² Así, por ejemplo, la CIDH. Humanos, en su *Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala* (OEA/Ser.L/V/II.111. Doc. 21 rev. 6 abril 2001, manifestó su preocupación por la escasa cantidad de tierra detentada por los pueblos indígenas y la inseguridad jurídica respecto a la propiedad de la misma. Destacó que, en el marco de una economía agraria, ello coadyuvaba a sumir a los miembros de estos pueblos en la pobreza lo que implicaba dificultades para, entre otras cosas, su alimentación adecuada (Capítulo XI, párrs. 45, 48, 56 y 57)

⁶²³ Cfr., Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Haciendo alusión a esta norma, la CIDH, respecto a la situación existente en Perú en el año 2000, en la que se presentaba una “explotación desmesurada de los recursos naturales y materia prima de la selva peruana en territorios indígenas”, refirió que [l]a acción de empresas madereras y petroleras en esas zonas, sin la consulta y consentimiento de las comunidades afectadas, ocasiona en numerosos casos un deterioro en el medio ambiente, y pone en peligro la supervivencia de estos pueblos”, por ello, recomendó al Estado “[q]ue asegure, en consonancia con lo estipulado por el Convenio 169 de la OIT, que todo proyecto de infraestructura o de explotación de recursos naturales en área indígena o que afecte su *hábitat* o cultura, sea tramitado y decidido con participación y en consulta con los pueblos interesados con vistas a obtener su consentimiento y eventual participación en los beneficios” (*Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú*. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 59 rev. 2 junio 2000 Capítulo X, párr. 26 y recomendación 5).

4.11 Derecho a la constitución y protección a la familia

4.11.1 Fuentes relevantes

Los derechos relacionados a la protección a la familia se encuentran contenidos expresamente bajo el título “protección a la familia” o “Derecho a la Constitución y Protección de la Familia” en, respectivamente, los artículos 17 de la CADH y 15 del PSS. También se plasman –sin titulación pero con similar contenido– en los artículos 23 del PIDCP, 10 del PIDESC, 16 de la DUDH y VI de la DADDH.

La DADDH establece que “[t]oda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”.

Pueden distinguirse entonces dos aspectos enlazados entre sí: el derecho a constituir una familia, por una parte y, por la otra, el que la misma reciba protección. A la primera cuestión se conecta el derecho de las personas a contraer matrimonio. La segunda se liga a los deberes de los Estados adoptar disposiciones que protejan el grupo familiar.

Como se observará, el tema de la protección de la familia que aquí nos ocupa, se relaciona íntimamente con los derechos de niños y niñas, y con los derechos de la mujer. Ambos tópicos han sido objeto de tratamiento específico por el derecho internacional, siendo los instrumentos más importantes al respecto en relación a los países de América, además de los citados, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en particular sus

artículos 5, 9, 11, 12, 13, 14 y 16; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, especialmente en sus artículos 2, 4, 8; y la Convención sobre los Derechos del Niño, primordialmente en sus artículos 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26 y 27. Las disposiciones citadas aluden específicamente a la “familia”, “los padres” o aluden de otro modo a la cuestión familiar.

Ya se ha hecho referencia, a lo largo de este trabajo, a particularidades que ofrecen los DESC en relación a niños, niñas y mujeres. Además, se ha hecho referencia, al tratar los derechos a la salud y a la seguridad social, a las cuestiones de la salud sexual y reproductiva de la mujer y los deberes de asistencia médica y de prestaciones en relación a la maternidad, así como a las obligaciones estatales en relación a niños, niñas y mujeres derivadas del derecho a la seguridad social. En lo que sigue, con excepción de lo ya expuesto, se abordará el concepto de familia y las obligaciones estatales en relación a su protección y, en la medida que se relacione con ello, las especificidades referentes a niños, niñas y mujeres.

4.11.2 El bien jurídico tutelado: la familia

Las normas mencionadas reconocen que la familia es un “elemento natural y fundamental de la sociedad” (DUDH, CADH, PIDESC, PIDCP, PSS), y agregan que la misma es merecedora de protección por parte de la sociedad y el Estado (DUDH, CADH, PIDCP). No obstante, no preceptúan qué debe entenderse por “familia”. Sin perjuicio de lo anterior, el CDH ha dicho que “el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto”⁶²⁴.

⁶²⁴Observación General No. 19, “Artículo 23, La Familia”, 39º período de sesiones, 1990, párr. 2. Ver también CDH, Observación General No 16, “Artículo 17, Derecho a la Intimidad”, 32º período de sesiones, 1988, párr. 5 y Comité CEDAW, Recomendación General No. 21, “La

En este sentido, bien puede ocurrir que haya divergencias, en el ámbito interno de los Estados, entre el concepto legal de familia y su realidad sociológica⁶²⁵. En todo caso, debemos advertir que la familia es un hecho reconocido y regulado por el derecho, mas no creado por las normas positivas. De hecho, esta cuestión ha tenido oportunidad de ser analizada tangencialmente por la jurisprudencia del SIDH. En el caso *Aloeboetoe*, en ocasión de la decisión acerca de quiénes debían tenerse por beneficiarios de las reparaciones correspondientes al proceso tramitado ante ella, la Corte IDH utilizó un criterio de “sociología jurídica”: se tomó en cuenta el derecho consuetudinario de la tribu saramaca –grupo al que pertenecían las personas beneficiarias– y no el régimen legal positivo del Estado; para ello se consideró que aquél era el orden legal con vigencia efectiva en materia de familia⁶²⁶.

En todo caso, si bien la determinación de que es “familia” queda librada al ámbito interno de los Estados, debe recordarse que la protección de la misma requerirá de la adopción de medidas eficaces y deberá ser entendida en armonía con otros derechos. Entre estos cabe señalar los que tutelan la libertad de pensamiento, religión y culto y los derechos de personas pertenecientes a minorías a tener su propia vida cultural⁶²⁷. También son trascendentes los derechos a la igualdad y la

igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares”, 13º período de sesiones, 1994, párr. 13.

⁶²⁵ Cfr. Augusto César Belluscio, “Manual de Derecho de Familia”, 6ta. edición, Ed. Depalma, Bs. As, 1998, p. 3 a 15.

⁶²⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y Otros*, Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C No 15, párrafo 58. Ver el comentario que al respecto hace Juan Diego Castrillon Orrego, en su artículo “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los Pueblos Indígenas”.

⁶²⁷ Sin perjuicio de ello, el Comité CEDAW ha manifestado reparos sobre la poligamia, forma de matrimonio practicada en algunas culturas. Al respecto, dicho órgano señaló que “[l]a poligamia infringe el derecho de la mujer a la igualdad con el hombre y puede tener consecuencias emocionales y económicas, tan graves para ella, al igual que para sus familiares a cargo, que debe desalentarse y prohibirse” (Recomendación General No. 21, “La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares”, 13º período de sesiones, 1994, párr 14).

prohibición de los Estados de ejercer discriminación, en relación al goce de los derechos, por motivos prohibidos, tales como la orientación sexual o religiosa de las personas.

Por otra parte, las normas mencionadas, a excepción del PSS y la DADDH, tratan sobre la protección de la familia en el mismo artículo en que se plasma el derecho a contraer matrimonio. No debe por esto colegirse que exista una limitación impuesta a los Estados de dar protección solo a familias fundadas en el matrimonio⁶²⁸, o en las que hubiere procreación o convivencia efectivas. El CDH ha señalado que existen familias monoparentales y formadas sin matrimonio, y que las mismas son susceptibles de ser protegidas por los Estados⁶²⁹. En cuanto a la procreación, tal hecho no aparece como condición necesaria para que los Estados den protección a la familia. Ello al menos respecto a Estados que hubieren instituido sistemas legales de adopción de niños y niñas⁶³⁰.

⁶²⁸ En este sentido, por ejemplo, es dable observar lo manifestado por el Comité CEDAW en relación a la necesidad de protección del amancebamiento y de los vínculos familiares relacionados a él: “por lo general, no se concede protección legislativa alguna al amancebamiento. La ley debería proteger la igualdad de las mujeres amancebadas en la vida familiar y en la repartición de los ingresos y los bienes. Deberían gozar de igualdad de derechos y obligaciones con los hombres en el cuidado y la crianza de los hijos o familiares a cargo” (Recomendación General No. 21, “La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares”, 13º período de sesiones, 1994, párr 18).

⁶²⁹ Cfr. CDH, Observación General No. 19, “Artículo 23, La Familia”, 39º período de sesiones, 1990, párr. 2. También debe observarse la doctrina del Comité CEDAW, que se ha pronunciado sosteniendo que “[l]os derechos y las obligaciones compartidos enunciados en la Convención [sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer] deben poder imponerse conforme a la ley y, cuando proceda, mediante las instituciones de la tutela, la curatela, la custodia y la adopción. Los Estados Partes deberían velar por que conforme a sus leyes, ambos padres, sin tener en cuenta su estado civil o si viven con sus hijos, compartan los derechos y las obligaciones con respecto a ellos en pie de igualdad (Recomendación General No. 21, “La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares”, 13º período de sesiones, 1994, párr 20).

⁶³⁰ En todo caso, debería cuidarse al menos que en la eventualidad de que existiera una protección diferenciada entre familias en que hubiera procreación y otras que carecieran de esa característica, ello no redundare en perjuicio de los derechos de los niños y niñas

4.11.3 El matrimonio

Como se ha dicho, varias de las normas pertinentes reconocen el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio en la misma disposición que versa sobre la protección de la familia. Ambas temáticas están conectadas en virtud del derecho internacional positivo vigente. Los Estados deben adoptar medidas para hacer efectivo el derecho a contraer matrimonio, permitir que en el seno de estas uniones se constituyan las familias y adoptar respecto a éstas las medidas de protección pertinentes. Pueden diferenciarse pautas que da la normativa internacional en relación a la concertación del matrimonio, al transcurso de la vida marital y a su disolución.

En el primer aspecto debe observarse que, mientras varios de los tratados referidos en los artículos pertinentes al matrimonio hablan del “derecho del hombre y la mujer” (CADH, DUDH, PIDCP), en otras disposiciones –en relación a otras temáticas– aluden al sujeto de derecho como “persona”. Esto no impide, sin embargo, que los Estados posibiliten y tutelen el matrimonio entre personas del mismo género. En todo caso, deberá cuidarse que el régimen establecido no obste el derecho de toda persona a constituir una familia, ni derive en discriminaciones ilegítimas, en razón de la orientación sexual, en relación a la protección debida a la misma o al goce de otros derechos⁶³¹.

pertenecientes a unas u otras, o que generase discriminación ilegítima entre tales personas. Debe advertirse también que el derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido como válida la posibilidad de que los Estados instituyan sistemas de adopción de niños y niñas (Cfr Convención sobre los derechos del niño, artículo 21).

⁶³¹ El PSS, en su artículo 15.2 señala que “[t]oda persona tiene derecho a constituir familia, el que se ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna”. El ejercicio del derecho puede entonces ser regulado, pero tal regulación deberá estar acorde a las demás normas del Protocolo y, en general, del derecho internacional; entre ellas, las que obstan a la discriminación en el goce de los derechos por causas prohibidas.

Las disposiciones internacionales sí prescriben que el derecho al matrimonio podrá ejercerse sólo mediante el “libre y pleno consentimiento de los contrayentes” y si estas personas “tiene[n] la edad y las condiciones requeridas para ello”⁶³². Si bien la normativa internacional deja a discreción de los Estados la fijación de las edades correspondientes, las mismas “debe[n] ser tal[es] que pueda considerarse que los contrayentes han dado su libre y pleno consentimiento personal en las formas y condiciones prescritas por la ley”⁶³³. En cuanto a “las condiciones requeridas” para ejercer el derecho al matrimonio, las mismas deben seguir pautas de razonabilidad. Son ejemplos comunes aquellas que versan sobre cuestiones tales como la capacidad mental o el parentesco. Asimismo, se deben dejar a salvo los demás derechos humanos. Esto implica, por ejemplo,

⁶³² CADH, artículo 171, párrs. 2 y 3. El mismo sentido se expresan la DUDH (artículo 16, párrs. 1 y 2), el PIDESC (artículo 10 párr. 1) y el PIDCP (artículo 23, párrs. 2 y 3). La cuestión de la edad del matrimonio se vincula con otros derechos, en particular, derechos de los niños y las niñas. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha dicho que “siguen siendo todavía muy bajas tanto la edad mínima legal para el matrimonio como la edad efectiva de celebración del matrimonio, especialmente en el caso de las niñas. Estas preocupaciones no siempre están relacionadas con la salud, ya que los niños [y las niñas] que contraen matrimonio, especialmente las niñas se ven frecuentemente obligadas a abandonar la enseñanza y quedan al margen de las actividades sociales. Además, en algunos Estados Partes los niños casados se consideran legalmente adultos aunque tengan menos de 18 años, privándoles de todas las medidas especiales de protección a que tienen derecho [...]. El Comité recomienda firmemente que los Estados Partes examinen y, cuando sea necesario, reformen sus leyes y prácticas para aumentar la edad mínima para el matrimonio, con o sin acuerdo de los padres, a los 18 años tanto para las chicas como para los chicos”. (Observación General No 4, “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, 33º período de sesiones, 2003, párr. 20).

⁶³³ CDH, Observación General No. 19, “Artículo 23, La Familia”, 39º período de sesiones, 1990, párr. 4. Sobre el mismo tema, el Comité CEDAW ha dicho que “[e]l derecho a elegir su cónyuge y la libertad de contraer matrimonio son esenciales en la vida de la mujer y para su dignidad e igualdad como ser humano [...] A reserva de ciertas restricciones razonables basadas, por ejemplo, en la corta edad de la mujer o en la consanguinidad con su cónyuge, se debe proteger y hacer cumplir conforme a la ley su derecho a decidir si se casa, cuándo y con quién” (Recomendación General No. 21, “La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares”, 13º período de sesiones, 1994, párr 16).

que deberá permitirse celebrar tanto matrimonio religioso como civil. “Sin embargo, a juicio del [CDH], el que un Estado exija que un matrimonio celebrado de acuerdo con los ritos religiosos se celebre, confirme o registre también según el derecho civil no es incompatible con el [PIDCP]” (Observación General No.19, párrafo 4), ni con otras normas de la misma índole. En relación a los derechos a la nacionalidad y al nombre, el CDH manifestó que “no debe haber discriminación alguna basada en el sexo en cuanto a la adquisición o pérdida de la nacionalidad por razón del matrimonio. Asimismo, debería salvaguardarse el derecho de cada cónyuge a seguir utilizando su propio apellido o a participar en condiciones de igualdad en la elección de un nuevo apellido”⁶³⁴.

En cuanto al transcurso de la vida marital y su disolución, debe existir igualdad de derechos y responsabilidades entre las personas cónyuges⁶³⁵. Claramente explica el CDH que “[e]sta igualdad se aplica [...] a todas las cuestiones derivadas del vínculo matrimonial, como la elección de residencia, la gestión de los asuntos del hogar, la educación de los hijos y la administración de los haberes”. También “a los arreglos relativos a la separación legal o la disolución del matrimonio” tales como “lo que respecta a los motivos y los procedimientos de separación o de divorcio, la custodia de los hijos, los gastos de manutención o pensión alimentaria, el derecho de visita, y la pérdida y la recuperación de la patria potestad”⁶³⁶.

⁶³⁴CDH, Observación General No. 19, “Artículo 23, La Familia”, 39º período de sesiones, 1990, párr. 7. Ver también lo dicho por la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 9, y lo señalado por el Comité CEDAW, en el párrafo 6 de su Recomendación General No. 21 (“La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares”, 13º período de sesiones, 1994).

⁶³⁵Cfr. CADH, artículo 17 párr. 4; PIDCP, artículo 23 párr 4; Convención para la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer, artículo 16, párr. 1. Ver también la decisión de la CIDH respecto al caso *María Eugenia Morales de Sierra* (Caso 11.625, Informe 28/98 de 6 de marzo de 1998).

⁶³⁶Cfr. CDH, Observación General No. 19, “Artículo 23, La Familia”, 39º período de sesiones, 1990, párrs 8 y 9. Ver también el artículo 18 de la

4.11.4 La protección de la familia

Los Estados deben adoptar medidas legislativas, administrativas y de otro tipo para dar protección a la familia, según señala el CDH en su Observación General No. 19, párrafo 3. Estas incluyen medidas especiales a mujeres madres, niños, niñas y adolescentes, así como al núcleo familiar en su conjunto. Lo anterior se traduce en conductas estatales tendientes a, entre otras cosas, dar atención y ayuda especiales a las mujeres madres antes, durante y en un lapso razonable posterior al parto, incluyendo licencia con remuneración o prestaciones adecuadas de seguridad social; garantizar una adecuada alimentación a los niños y a las niñas desde la lactancia y durante la edad escolar; garantizar la plena maduración de las capacidades físicas, intelectuales y morales de las personas adolescentes y ejecutar programas de formación familiar. Estos deberes se enuncian expresamente en los instrumentos citados anteriormente, además de en el artículo VII de la DADDH.

El CDH ha aclarado que las medidas que se adopten en relación con la planificación familiar “no deben ser discriminatorias ni obligatorias”. También ha dicho que los Estados deben cuidar la posibilidad de los miembros de la familia de vivir juntos, lo que implica la “adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias”.⁶³⁷ Las normas mencionan también la protección por parte de “la sociedad”. En este

Convención sobre los Derechos del Niño, y lo expresado por el Comité CEDAW en los párrafos 7 a 10 y 30 a 35 de su Recomendación General No. 21 (“La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares”, 13º período de sesiones, 1994).

⁶³⁷ CDH, Observación General No. 19, “Artículo 23, La Familia”, 39º período de sesiones, 1990, párr. 5. Ver también los artículos 12 y 24 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

sentido, según señala la CDH en la Observación General No. 19, párrafo 3, los Estados deberían fomentar la actuación de instituciones sociales que traten la cuestión.

Más allá de estas pautas generales, de la enunciación de medidas que realizan los instrumentos citados se infiere que la protección de la familia en mucho se vincula con los derechos de niños, niñas y mujeres. Daremos un somero esbozo a continuación a los derechos de la mujer y derechos de niños y niñas en lo relativo a la protección de la familia. Ya que, sin perjuicio de ciertas medidas estatales directamente relacionadas a la familia como grupo, la protección de la misma depende de la de sus miembros más vulnerables. Por otra parte, el goce de los derechos de mujeres, niños y niñas está condicionado, en buena medida, al modo en que se desarrolle su vida familiar.

4.11.5 Derechos de niños y niñas en relación a la protección de la familia

Respecto a niños y niñas, como ha señalado la Corte IDH, “[l]a adopción de medidas especiales para [su] protección [...] corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad”. En este sentido, “toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior de [los niños y las niñas] y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia⁶³⁸.

Los Estados deben velar por la vida familiar en el entendimiento de que ella hace a la propia identidad de los niños y las niñas e incide en el goce de todos sus derechos. Esto implica, en primer lugar, la posibilidad de conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, a excepción de cuando la separación de niños o niñas de sus padres haga al interés superior de aquellos, hecho que siempre deberá ser posible revisar judicialmente. En estos casos, los Estados deberán

⁶³⁸Cfr. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 62 y 66.

dar asistencia y protección a los niños y las niñas en cuestión. Al respecto, es importante advertir que “[l]a carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño [o la niña] con respecto a su familia”⁶³⁹. Asimismo, deben adoptarse medidas –legislativas, sociales, educativas, administrativas- para proteger a niños y niñas de abusos y malos tratos en la familia o fuera de ella. Las mismas deben comprender programas sociales que den asistencia a niños, niñas y quienes cuidan de ellos, otras formas preventivas y el tratamiento, investigación y observación ulterior de este tipo de casos⁶⁴⁰. Como ha dicho la Corte IDH, “[e]n principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños [y las niñas] contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”⁶⁴¹.

Los niños y niñas tienen derecho a un nivel de vida adecuado. Esto implica responsabilidades de los padres u otras personas encargadas del cuidado de tales personas y el deber de los Estados de ayudarles a dar efectividad a este derecho, incluso mediante asistencia material y programas de apoyo en relación a nutrición, vivienda o vestimenta, entre otros. Los Estados deberán adoptar medidas apropiadas para asegurar que las familias conozcan los principios básicos de salud y nutrición de los niños. También deberán dar asistencia especial a niños y niñas mental o físicamente impedidos, así como a su familia. La misma debe estar orientada a satisfacer los

⁶³⁹ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 76.

⁶⁴⁰ Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 7, 8 9, 19 y 20.

⁶⁴¹ Cfr. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 66.

derechos de los niños y las niñas en esta situación, utilizando los recursos disponibles y de forma gratuita en tanto sea posible, teniendo en cuenta la situación económica de quienes cuiden al niño⁶⁴².

4.11.6 Derechos de las mujeres en relación a la protección de la familia

En relación a las mujeres, debe señalarse primeramente que, en el marco de las medidas tendientes a evitar la discriminación ilegítima y observar el derecho a la igualdad, los Estados pueden adoptar medidas especiales de carácter temporal para lograr la igualdad de hecho entre ellas y los hombres; esto no se considera discriminación ilegítima en el marco del derecho internacional aplicable⁶⁴³. Por otra parte, entre las medidas que los Estados deben adoptar se encuentran aquellas destinadas a eliminar prejuicios y prácticas consuetudinarias basadas en la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos⁶⁴⁴. Estas cuestiones no son atinentes exclusivamente a la protección de la familia, pero atraviesan tal cuestión al ser de gran importancia en relación a toda la temática de la mujer y sus derechos.

En cuanto a la protección de la familia, ello aparece como uno de los derechos de la mujer⁶⁴⁵. Sin perjuicio de la importancia de otras temáticas que hacen a la cuestión, algunas ya tratadas a lo largo de este trabajo, interesa destacar como tema de importancia, en relación a la protección de la familia y los derechos de la mujer, la cuestión de la violencia familiar.

La Convención de Belém do Pará contempla esta cuestión al conceptuar la violencia contra la mujer, en su artículo 2,

⁶⁴²Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 23, 24 y 27.

⁶⁴³Cfr. Convención sobre todas las formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 4. Esta pauta parece aplicable a otros grupos vulnerables.

⁶⁴⁴Cfr. Convención sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 5.

⁶⁴⁵Cfr. Convención de Belém do Pará, artículo 4.e.

como inclusiva de la violencia física, sexual, y psicológica “que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer”. Dentro de las medidas tendientes a eliminar este y otros tipos de violencia, se encuentran aquellas destinadas a superar estereotipos basados en la idea de superioridad de algún sexo, ya referidas, y otras tales como el establecimiento de programas educativos o de rehabilitación, según el artículo 8 de la misma Convención.

El Comité CEDAW ha tratado este tema en sus Observaciones Generales No. 12 y 19⁶⁴⁶. En esta última conceptúa la violencia contra la mujer como una forma de discriminación relacionada con la violación a otros derechos humanos, incluyendo el ser una forma de discriminación en cuanto al derecho a la igualdad en la familia.

Al respecto, explica que:

La violencia en la familia es una de las formas más insidiosas de violencia contra la mujer. Existe en todas las sociedades. En las relaciones familiares, se somete a las mujeres de cualquier edad a violencia de todo tipo, como lesiones, violación, otras formas de violencia sexual, violencia mental y violencia de otra índole, que se ven perpetuadas por las actitudes tradicionales. La falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas. La negación de sus responsabilidades familiares por parte de los hombres puede ser una forma de violencia y coerción. Esta violencia compromete la salud de la mujer y entorpece su capacidad de participar en la vida familiar y en la vida pública en condiciones de igualdad⁶⁴⁷.

⁶⁴⁶Tituladas ambas “La violencia contra la mujer”, emitida la primera en su 8º período de sesiones, en 1989 y la segunda en el 11º período de sesiones, en 1999.

⁶⁴⁷Comité CEDAW, Observación General No 11, “La violencia contra la mujer”, 11º período de sesiones, 199, párr. 23. El mismo órgano, en otro pronunciamiento, ha expresado que la violencia contra la mujer en la vida familiar –y en otros ámbitos–, es perjudicial para que ésta

También señala, en el mismo sentido que la Convención de Belém do Pará, que “[l]as actitudes tradicionales, según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia” (Antecedentes 1 y 4, párrafos 7.f). Por estos motivos el Comité establece que los Estados deben “vel[ar] por que las leyes contra la violencia y los malos tratos en la familia, la violación, los ataques sexuales y otro tipo de violencia contra la mujer protejan de manera adecuada a todas las mujeres y respeten su integridad y su dignidad. Debe proporcionarse a las víctimas protección y apoyo apropiados. Es indispensable que se capacite a los funcionarios judiciales, los agentes del orden público y otros funcionarios públicos para que apliquen la Convención [sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer]” (párrafo 24) y otras normas de derechos humanos. Entre las medidas a adoptar, el mismo párrafo señala que se incluyen: “sanciones penales en los casos necesarios y recursos civiles en caso de violencia en el hogar; legislación que elimine la defensa del honor como justificación para atacar a las mujeres de la familia o darles muerte; servicios, entre ellos, refugios, asesoramiento y programas de rehabilitación, para garantizar que las víctimas de violencia en la familia estén sanas y salvas; programas de rehabilitación para los culpables de violencia en el hogar y servicios de apoyo para las familias en las que haya habido un caso de incesto o de abuso deshonesto”.

Por su parte, la CIDH ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto a esta temática. Así, en un caso referido a un intento de homicidio de una mujer por parte de su esposo, teniendo en cuenta la Convención de Belem do Pará, consideró responsable al Estado por la existencia de un patrón de tolerancia estatal y por la ineficacia judicial respecto a este tema, entre otras

pueda disfrutar de sus derechos en condiciones de igualdad (Cfr. Recomendación General No. 21, “La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares”, 13º período de sesiones, 1994, párr. 40).

consideraciones⁶⁴⁸. Asimismo, la CIDH declaró admisible una petición relacionada con la posible violación de los artículos 1.1 5, 7, 19, 4 y 25 de la CADH y 7 de la Convención de Belém do Pará. El caso versa sobre mujeres privadas de libertad con hijos en la cárcel. La CIDH resaltó que “las condiciones en las que las presuntas víctimas tuvieron que desarrollar su embarazo, dar a luz y permanecer en el Centro de Detención durante los 90 días siguientes en contradicción a la legislación [del Estado], podrían caracterizar violación del artículo 5 de la C[ADH] en [su] perjuicio [...] y de los hijos respectivos. Así mismo dichas condiciones, la falta de adopción de medidas de protección especial para asegurar condiciones de vida digna a los niños que nacieron mientras sus madres se encontraban privadas de libertad, la falta de atención médica y de condiciones de salubridad, podrían configurar una violación del artículo 19 de la C[ADH] en perjuicio de los niños”⁶⁴⁹.

5. Conclusiones

1. Los estándares sistematizados en el presente texto ofrecen elementos concretos para aplicar un enfoque de derechos humanos en las estrategias de desarrollo y reducción de la pobreza. La reconstrucción del trabajo de los órganos, mecanismos y sistemas internacionales de protección permite fortalecer la exigibilidad judicial y política de los derechos económicos, sociales y culturales, aspecto imprescindible para el entendimiento de la democracia.

2. Un aspecto destacado de la jurisprudencia internacional, tanto del Sistema Universal de protección de los derechos humanos como del SIDH, ha sido traducir en consecuencias jurídicas concretas el hecho de la interdependencia de los derechos. En este sentido, tanto el Comité DESC como

⁶⁴⁸Cfr. CIDH, Caso 12.051, *María da Penha Maia Fernández*, Informe 54/01 de 16 de abril de 2001.

⁶⁴⁹CIDH, informe No 48/07, admisibilidad, Peticiones 261-03, 397-03 y 1377-04, Karina Montenegro y otras, Ecuador, 23 de julio de 2007, párr. 66.

relatores de la ONU han referido en múltiples ocasiones a esta conexidad⁶⁵⁰. De otra parte, hemos observado cómo un entendimiento amplio de derechos civiles y políticos ha hecho posible la protección de los DESC a través del SIDH. Esta tendencia no solo ha facilitado la protección de los bienes tutelados por los DESC por parte de los órganos del sistema, sino que ha ayudado a evidenciar la integralidad y la indivisibilidad que los derechos humanos tienen en relación a la protección de la persona humana. Asimismo, esto ha hecho posible que las soluciones jurídicas que se adoptaron respecto a casos particulares puedan tener una proyección estructural para el ajuste de las políticas públicas correspondientes.

3. Es necesario que la exigibilidad política y judicial de los DESC tenga especial consideración de aquellas personas o grupos de personas que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad y que les impide disfrutar en igualdad estos derechos. Como hemos visto, al hablar de grupos en situación de mayor vulnerabilidad hablamos principalmente de los más débiles, de personas que sufren situaciones desventajosas, situaciones de indefensión, que sufren discriminación, y los efectos negativos de la estigmatización a la que son sometidos. El reconocimiento de los DESC, de la necesidad de su garantía y protección, debe realizarse tomando en cuenta las circunstancias características que impiden a estos grupos disfrutar en igualdad esos derechos. Tal es la trascendencia de este tema, que la comunidad internacional ha ido reflejando este hecho a través de la creación de normativas específicas

⁶⁵⁰Cfr., por ejemplo, ONU, Relator Especial sobre la situación del derecho de toda persona al disfrute del mas alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Haunt, *Informe sobre la situación del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental en Uganda*, 19 de enero de 2006..., ONU, Comité DESC, 22 período de sesiones, 2000, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud...*, párrs. 1 y 3, ONU, Comité DESC, 20º período de sesiones, 1999, *El derecho a una alimentación adecuada...*, párrs. 1 y 4, y ONU, Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz Villalobos. *El derecho a la educación*. Informe de 17 de diciembre de 2004..., párrs. 41 a 46; entre otros documentos a los que ya hemos referido.

destinadas a la protección de los derechos de estas personas, de la dotación de órganos específicos con funciones y capacidad específica para determinados grupos o personas en situaciones desventajosas, y, por último, en los mecanismos de protección y control de los derechos con las especificidades de estos sujetos, tanto en las decisiones de naturaleza jurisdiccional como en las que no lo son, sentando así estándares de protección focalizados en favor de quienes han sido sometidos a situaciones de indefensión y debilidad. En este sentido, la interpretación de las obligaciones estatales debe comprender y priorizar este campo específico y hacia él deben orientarse los esfuerzos en el desarrollo de la protección y garantía de los DESC.

4. Los instrumentos de derechos humanos establecen obligaciones que todos los Estados deben cumplir en el ámbito interno. De allí la estrecha relación existente entre el derecho internacional de los derechos humanos y la adopción de medidas internas para que estas obligaciones se cumplan. Dichas obligaciones deben cumplirse con especial atención a los estándares precisados por los intérpretes autorizados de las normas internacionales, organismos que han sido reseñados exhaustivamente en el presente texto. Cada Estado, de acuerdo a su orden jurídico, tendrá su forma particular de incorporar las normas internacionales en el ámbito interno, de acuerdo a sus características institucionales y legales. En este sentido, como señala Diego García Sayán, en el deber de “adoptar medidas” que aceptan los Estados al formar parte de los tratados que lo incluyen, “se expresa una clara concepción monista del derecho, que conlleva la consistente aplicación en el ámbito interno de las normas internacionales”⁶⁵¹.

⁶⁵¹ García Sayan, Diego, “Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 329. En líneas muy generales, la “concepción monista del derecho” se opone a la “dualista”, que conceptúa el derecho internacional como un orden jurídico distinto al nacional, no aplicable, por lo tanto, en este ámbito de forma

Al respecto, el Juez Diego García Sayán señala que existe un proceso que podría denominarse de “nacionalización” del derecho internacional de los derechos humanos. Esto es, que los órganos nacionales, particularmente los tribunales, se van nutriendo cada vez más de los parámetros surgidos del ámbito internacional. No obstante, también nos advierte que “el extraordinario desarrollo de principios, normas, decisiones y organismos de protección en el plano internacional no se ha reflejado en iguales progresos en el ámbito interno”⁶⁵². Que estas diferencias se acorten es esencial para que el amplio conjunto de órganos, instrumentos y decisiones internacionales puedan colaborar con los Estados para lograr lo que, en definitiva, es un objetivo común de ambos: la plena satisfacción de los derechos humanos. Los estándares jurídicos derivados del derecho internacional no tienen, en efecto, sentido alguno sin una contraparte estatal que los aplique y sea respetuosa de ellos, ya que “[s]on los referentes nacionales los inmediatos que tiene la población y son esas las estructuras institucionales y sociales capaces de impulsar o revertir los logros que se pueden alcanzar en materia de derechos humanos”⁶⁵³.

Lo anterior atañe a todas las autoridades estatales, no sólo las judiciales, y es pertinente respecto de todos los derechos humanos. En relación a los DESC, el hecho de que a su respecto la carga de deberes positivos sea mayor, da particular relevancia a lo dicho. Es necesario que en la actividad legislativa y ejecutiva, en el diseño, ejecución, y control de las políticas públicas, se tengan en cuenta los estándares internacionales. A

directa. Por el contrario, la postura monista entiende que el derecho internacional y el nacional forman parte de una unidad.

⁶⁵² *Ibíd.*, p. 325 y 326.

⁶⁵³ *Ibíd.*, p. 347. Entendemos que, dada la evolución del derecho internacional en la materia, que ha generado la existencia de una profusa y compleja cantidad de organismos, instrumentos y resoluciones de diverso tipo, se presenta como necesario el compromiso de todas las autoridades estatales de intervenir efectivamente a fin de que se observen en toda actuación los parámetros internacionales que aquí se refieren (Cfr. ONU, Asamblea General, *Principios Relativos a las Instituciones Nacionales*, 48 período de sesiones, 1993, resolución No. 48/134, 4 de marzo de 1994, A/RES/48/134).

su vez, a fin de posibilitar y facilitar lo anterior, resulta también necesario que desde los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos se determinen con claridad los elementos y obligaciones que refieren a estos derechos.

5. Un importante valor de estos estándares internacionales sobre DESC lo constituye su pertinencia para cualificar los sistemas de monitoreo. Al respecto, debe seguirse con atención el actual proceso de consolidación del sistema de indicadores para el desarrollo de monitoreo y medición desde una perspectiva de derechos humanos. En este sentido, un aspecto en buena medida pendiente, es el establecimiento de un adecuado sistema de indicadores que permitan dicho monitoreo. Tanto en el ámbito de la ONU como en el de la OEA existen avances al respecto. En el marco de la ONU, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos preparó un documento en que enuncia un marco conceptual y metodológico para definir un sistema cuantitativo de indicadores. Es de notar que, en dicho documento, se esboza la misma metodología básica para evaluar derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales⁶⁵⁴. En relación con el SIDH, han iniciado tareas para poner en marcha el sistema de informes e indicadores para monitorear el cumplimiento del Protocolo de San Salvador⁶⁵⁵.

⁶⁵⁴ Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Doc. ONU HRI/MC/2006/7 de 11 de mayo de 2006.

⁶⁵⁵ La Asamblea General de la OEA aprobó en junio de 2005 las normas para la presentación de informes periódicos. A efectos de hacerlas operativas, la misma resolución encomienda al Consejo Permanente y a la CIDH que propongan, respectivamente, el funcionamiento del Grupo de Trabajo que analizará los informes respectivos y el sistema de indicadores a utilizar. Este Grupo de Trabajo funcionará en la órbita del Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral. Este es el órgano perteneciente a la OEA que ha reemplazado a aquellos que el PSS nominaba como competentes para analizar los informes estatales y que, por lo tanto, asume esta función. (El PSS nombra, en su artículo 19.2 al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura; órganos que ya no existen).

6. Como se observa, los caminos de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales son amplios y variados. Aún queda mucho camino por recorrer. Esperamos que la sistematización ofrecida en este texto constituya una fuente para fortalecer los importantes retos que depara la lucha por la justicia social en América Latina.

Bibliografía

Doctrina

Abramovich, Víctor, “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, N° 2, 2006.

_____, “La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales”, en Alicia Ely Yamin (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, APRODEH, Plaza y Valdés, México, 2006.

_____, “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, en Haydée Birgin y Beatriz Kohen (comp.) *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*, Biblos, Buenos Aires, 2006.

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Madrid, 2002.

Abramovich Víctor y Rossi, Julieta “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B. (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Distribuciones Fontamara, México, 2004.

Abreu Burelli, Alirio, Voto parcialmente disidente a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*. Sentencia de 7 de junio de 2005. Serie C No. 125

Alston Philip y Tomasevski, Katarina (eds.), *The right to food*, Martinus Nijhoff, Utrecht, 1984.

Asbjørn Eide, Catarina Krause and Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

Cançado Trindade, Antônio Augusto, Voto razonado a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

-----, Voto concurrente a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17.

-----, Voto razonado a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

Cançado Trindade, Antônio Augusto y Abreu Burelli, Alirio, Voto concurrente a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales; apuntes introductorios”, en Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2006.

Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta (comps.), *Protección internacional de los*

derechos humanos: nuevos desafíos, Ed. Porrúa-ITAM, México, 2005.

“Declaración de las Organizaciones Sociales, Sindicales, No Gubernamentales, Representantes de los Pueblos Indígenas y Comunidades Afectadas Convocada a la Consulta Regional del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para Derechos Humanos, Empresas Transnacionales y Otras Empresas”, Bogotá, Colombia, 18-19 de enero de 2007, en el sitio web www.reports-and-materials.org/Declaracion-conjunta-ONG-sobre-consulta-Latinoamericana-de-Ruggie-19-ene-2007.pdf.

de Roux Rengifo, Carlos Vicente, Voto razonado a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cinco Pensionistas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No 98.

“Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y culturales”, aprobadas en Maastricht, entre el 22 y el 26 de enero de 1997, en el sitio web www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/72/leg/leg21.pdf.

Donnelly, Jack, *Universal human rights in theory and practice*, Ed. Cornell University Press, 2nd edition, Ithaca, NY, 2003.

Eide, Asbjørn, “The Right to an Adequate Standard of Living Including the Right to Food”, en Asbjørn Eide, Catarina Crause y Allan Rosas (editores), *Economic, Social and Cultural Rights*, Ed. Kluwer Law Internaciona, La Haya, 2001.

Faundez Ledesma, Héctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano” en AA.VV., *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*, San José, IIDH, 2004.

- Ferrajoli, Luigi, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, Ed. Fontamara S. A, México, 2006.
- _____, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, Madrid, España, 2001.
- Fultz, Elaine, “The gender dimension of social security reform”, volume 2, *Case Studies of Romania and Slovenia*, ILO/CEET, 2006.
- García Minella, Gabriela, “Ley General del Ambiente. ‘Interpretando la nueva legislación ambiental’”, en Jiménez, Eduardo Pablo (coordinador), *Derecho ambiental (Su actualidad de cara al tercer milenio)*, Ed. Ediar, Bs. As., Argentina, 2004.
- García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”; en CEJIL, *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, Ed. Gossestra Intl., S.A., San José, Costa Rica, 2004.
- _____, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Cuestiones Constitucionales*, No 9, julio-diciembre 2003.
- _____, Voto razonado a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cinco Pensionistas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No 98.
- _____, Voto razonado a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Comunidad Indígena Sawhoymaxa*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146
- Goldenber, Isidoro H., Caferata, Néstor A., “Daño Ambiental. Problemática de su determinación causal” Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., Argentina, 2001.

- Gómez Isa, Felipe, Pureza, José Manuel, “La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI”, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.
- Gros Espiell, Hector “Estudios sobre Derechos Humanos II”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Cívitas, Madrid, 1988.
- Gross Espiel, Héctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”, Ed. Asociación Libro Libre, Costa Rica, 1986.
- Handl, Günter, “Human Rights and Protection of the Environment”, en Asbjørn Eide, Catarina Crause y Allan Rosas (editores), *Economic, Social and Cultural Rights*, Ed. Kluwer Law International, La Haya, 2001.
- Martin, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara B., José A. (comps), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Distribuciones Fontamara, México, 2004.
- Martinez O. David M., “Aproximación a los mecanismos internacionales de protección de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Para exigir nuestros derechos. Manual de exigibilidad en DESC*, Ed. Antropos, Bogotá, Colombia, 2004.
- Medina Quiroga, Cecilia, “Las Obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana de Derechos Humanos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo 1979-2004*, Ed. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2005.
- Melish, Tara, “A Pyrrhic Victory for Peru’s Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progresivity”, en *Revista CEJIL. Debates sobre derechos humanos y el Sistema Interamericano*, año 1, No. 1, San José, diciembre de 2005.
- Melish, Tara, ponencia “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y

retrocesos en el Sistema Interamericano”, presentada en agosto de 2005 durante el Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, realizado en instalaciones de la SER, en Tlatelolco, D.F.

Melish, Tara, “Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, Ed. Center for Human Rights and Global Justice, New York, 2006.

Milá Moreno, José “El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales” en Felipe Gómez Isa, José Manuel Pureza, *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.

Nikken, Pedro “El concepto de derechos humanos”, en Rodolfo Cerdas Cruz y Rafael Nieto Loaiza (compiladores), *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, Ed. Prometeo S. A, San José, Costa Rica, 1994.

Nitsch, Manfred y Schwarzer, Helmut, “Recent Developments in Financing social security in Latin America”, *Issues in Social Protection*, Discussion Paper No. 1, ILO, Ginebra, 1996.

Nowak, Manfred, “The Right to Education” en Asbjørn Eide, Catarina Crause y Allan Rosas (Editores), *Economic, Social and Cultural Rights*, Ed. Kluwer Law International, La Haya, 2001.

Nowak, Manfred, *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Comentario*, Ed. N.P. Engel, Kehl am Rhein, 2005.

O’Donell, Daniel, “Derecho internacional de los derechos humanos; normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano”, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Folleto Informativo No. 16 (Rev. 1)*, en el sitio web www.unhchr.ch/spanish/html/menu6/2/fs16_sp.htm.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “Diecisiete preguntas frecuentes acerca de los relatores especiales de las Naciones Unidas”, *Folleto informativo N° 25 de las Naciones Unidas*, en http://www.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs27_s.pdf.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “Introduction to HIV/AIDS and Human Rights”, en el sitio web www.ohchr.org/english/issues/hiv/introhiv.htm.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “Los derechos de la mujer, responsabilidad de todos”, *Carpeta de información básica N° 2*, 10 de noviembre de 1997, en el sitio web www.unhchr.ch/spanish/html/50th/50kit2_sp.htm#responsib.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “Principios rectores sobre las relaciones de trabajo entre los titulares de mandatos de los procedimientos especiales y el personal del ACNUDH”, en el sitio web www.portaltemp.ohchr.org/pls/portal/docs/PAGE/SP_MH/GUIDING%20PRINCIPLES2006.S.PDF.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “The International Bill of Human Rights”, *Fact Sheet No. 2 (Rev. 1)*, en el sitio web www.unhchr.ch/html/menu6/2/fs2.htm.
- Organización de las Naciones Unidas, “La ONU y las personas con discapacidad”, en el sitio web www.un.org/spanish/esa/social/disabled/dis50y01.htm.

- Organización de las Naciones Unidas, “Los niños y las Naciones Unidas”, www.un.org/spanish/Depts/dpi/boletin/infancia/.
- Ortiz Ahlf, Loretta, “Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos”, en Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B. (comps), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Distribuciones Fontamara, México, 2004.
- Parra Vera, Oscar, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, en Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2006.
- Pinto, Mónica, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, *Revista IIDH*, San José, Vol. 40, 2004.
- Piza Escalante, Rodolfo E., Voto separado a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.
- “Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, aprobados en 1986 en Maastricht, entre el 2 y el 6 de junio de 1986, E/CN.4/1987/17.
- “Principios de Montreal sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las mujeres”, adoptados por un grupo de expertas en una reunión celebrada del 7 al 10 de diciembre del 2002 en Montreal, Canadá, en el sitio web www.equalityrights.org/cera/docs/Spanish_Version_Final.doc.

- Ruiz Chiriboga, Oswaldo, “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano”, *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, quinto número, Sao Paulo, 2006.
- Salvioli, Fabián, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista IIDH*, Vol. 39, San José, 2004.
- Scott, Craig y Macklem, Patrick “Constitutional ropes of sand or justiciable guarantee? Social Rights in a new South African Constitution”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 141 No. 1, 1992.
- Sepúlveda, Magdalena, “La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión ‘progresivamente’” en Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2006.
- Stavenhagen, Rodolfo, “Cultural Rights: A Social Science Perspective”, en Asbjørn Eide, Catarina Crause y Allan Rosas (Editores), *Economic, Social and Cultural Rights*, Ed. Kluwer Law International, 2001.
- Tomuschat, Christian, “The different generations of human rights: from human rights to good governance” en *Human rights: between idealism and realism*, Ed. Oxford University Press, 2003.
- Ventura Robles, Manuel, “Estudios sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, Ed. Manuel Ventura, San José, Costa Rica, 2007.
- _____, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista IIDH*, Volumen 40, San José, 2004.

_____, voto razonado a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Van Hoof, F. “The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views”, en Alston P. & Tomasevsky (eds.), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff, Utrecht, 1984.

Villán Durán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*. Ed. Trotta, Madrid, 2002.

Pronunciamientos de órganos y conferencias internacionales

Sistema universal de protección de los derechos humanos

ONU, Asamblea General, 3 período de sesiones, 1948, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, resolución 217 (iii), 10 de diciembre de 1948.

ONU, Asamblea General, 6 período de sesiones, 1952, *Redacción de dos proyectos de pactos internacionales de derechos del hombre*, Resolución 543, 5 de febrero de 1952.

ONU, Asamblea General, 14 período de sesiones, *Declaración de los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1959, 1386 (XIV).

ONU, Asamblea General, 22 período de sesiones, 1967, *Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*, 7 de noviembre de 1967, 2263 (XXII).

ONU, Asamblea General, 29 período de sesiones, *Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición*, 17 de noviembre de 1974, 3348 (XXIX).

- ONU, Asamblea General, 32 período de sesiones, 1977, *Distintos criterios y medios posibles dentro del Sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, resolución 32/130 de 16 de diciembre de 1977, A/RES/32/130.
- ONU, Asamblea General, 37 período de sesiones, 1982, *Carta Mundial de la Naturaleza*, 29 de octubre de 1986, A/RES/37/7.
- ONU, Asamblea General, 37 período de sesiones, 1982, Programa de Acción Mundial para los impedidos, 3 de diciembre de 1982, A/RES/37/53.
- ONU, Asamblea General, 46 período de sesiones, 1991, *Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental*, resolución 46/119, 17 de diciembre de 1991, A/RES/46/119.
- ONU, Asamblea General, 53 período de sesiones, 1999, *Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz*, Resolución 53/243, 6 de octubre de 1999, A/RES/53/243.
- ONU, Asamblea General, 55 período de sesiones, 2000, *Declaración del Milenio*, 8 de septiembre de 2000, A/RES/55/2.
- ONU, Asamblea General, 56 período de sesiones, 2001, *Decenio de las Naciones Unidas de la Alfabetización: la educación para todos*, Resolución 56/116, 18 de enero de 2002, A/RES/56/116.
- ONU, Asamblea General, 59 período de sesiones, 2004, *Programa Mundial para la educación en derechos humanos*, Resolución 59/113, 10 de diciembre de 2004, A/RES/59/113.
- ONU, Asamblea General, 59 período de sesiones, 2004, *Decenio de las Naciones Unidas de la Alfabetización:*

- la educación para todos*, Resolución 59/149, 1 de febrero de 2005, A/RES/59/149.
- ONU, Asamblea General, 59 período de sesiones, 2004, *El derecho al desarrollo*, Resolución 59/185, 8 de marzo de 2005, A/RES/59/185.
- ONU, Asamblea General, 59 período de sesiones, 2004, *El derecho a la alimentación*. Resolución 59/202 de 31 de marzo de 2005 A/RES/59/202.
- ONU, Asamblea General, 60 período de sesiones, 2005, *El derecho al desarrollo*, Resolución 60/157, de 23 de febrero de 2006, A/RES/60/157.
- ONU, Asamblea General, 60 período de sesiones, 2005, *El derecho a la alimentación*. Resolución 60/165, 2 de marzo de 2006, A/RES/60/165.
- ONU, Asamblea General, 60 período de sesiones, 2005, *La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Nota del Secretario General, 16 de septiembre de 2005, A/60/358.
- ONU, ECOSOC, *Arreglos para la celebración de consultas con las organizaciones no gubernamentales*, Resolución ECOSOC 1296 (XLIV), 23 de mayo de 1968.
- ONU, ECOSOC, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos* (Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977).
- ONU, ECOSOC, Review of the composition, organization and administrative arrangements of the Sessional Working Group of Governmental Experts on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Resolution 1985/17, 28 de mayo de 1985.

- ONU, ACNUDH, Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos, 11 de mayo de 2006, HRI/MC/2006/7.
- ONU, Comisión de Derechos Humanos, 59 período de sesiones, 2003, *El derecho a la alimentación*, 11 de abril de 2003, E/CN.4/2003/1.27.
- ONU, Comisión de Derechos Humanos, 61 período de sesiones, 2005, *La igualdad de las mujeres en materia de propiedad, acceso y control de la tierra y la igualdad de derechos a la propiedad y a una vivienda adecuada*. Resolución 2005/25, 15 de abril de 2005, E/CN.4/RES/2005/25.
- ONU, Sub-Comisión Para la Protección y la Promoción de Derechos Humanos, *Informe del Sr. Marc Bossyut, Relator Especial, The concept and practice of affirmative action*, presentado de conformidad con la resolución 1998/5 de la Sub-Comisión Para la Protección y la Promoción de Derechos Humanos, 17 de junio de 2002, E/CN.4/Sub.2/2000/11.
- ONU, CDH, 16 período de sesiones, 1982, *El derecho a la vida (artículo 6° del Pacto)*, Observación General No 6, 30 de abril de 1982, HRI/GEN/1/Rev.7 at 143 (1982).
- ONU, CDH, 19 período de sesiones, 1983, *La prohibición de la propaganda en favor de la guerra y la apología al odio nacional, racial o religioso (artículo 20 del Pacto)*, 29 de julio de 1983, Observación General No 11, HRI/GEN/1/Rev.7 at 151 (1983).
- ONU, CDH, 23 período de sesiones, 1984, *Las armas nucleares y el derecho a la vida (artículo 6° del Pacto)*, Observación General No. 14, 9 de noviembre de 1984, HRI/GEN/1/Rev.7 at 158 (1984).

- ONU, CDH, 35 período de sesiones, 1989, *Derechos del Niño (artículo 24 del Pacto)*, Observación General No 17, 7 de abril de 1989, HRI/GEN/1/Rev.7 at 165.
- ONU, CDH, 44 período de sesiones, 1992, *El trato humano de las personas privadas de su libertad (artículo 10 del Pacto)*, Observación General No 21, 10 de abril 1993 HRI/GEN/1/Rev.7 at 176.
- ONU, CDH, 48 período de sesiones, 1993, *El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 18 del Pacto)*, Observación General No 22, 30 de julio de 1993, HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993).
- ONU, CDH, 50 período de sesiones, 1994, *Los derechos de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas (artículo 27 del Pacto)*, Observación General No 23, 8 de abril de 1994, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 5HRI/GEN/1/Rev.7 at 183 (1994)
- ONU, Comité DESC, 3 período de sesiones, 1989, *Presentación de informes por los Estados Partes*, Observación General No. 1, 24 de febrero de 1989, E/1989/22
- ONU, Comité DESC, 5 período de sesiones, 1990, *La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Observación General No. 3, 14 de diciembre de 1990, E/1991/23.
- ONU, Comité DESC, 6° período de sesiones, 1991, *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Observación General No. 4, 13 de diciembre de 1991, E/1991/23.
- ONU, Comité DESC, 11° período de sesiones, 1994, *Los derechos de las personas con discapacidad*, Observación General No. 5, 9 de diciembre de 1994, E/1995/22.

- ONU, Comité DESC, 13 período de sesiones, 1995, *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*, Observación General No. 6, 8 de diciembre de 1995, E/1996/22.
- ONU, Comité DESC, 16° período de sesiones, 1997, *El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzados (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Observación General No. 7, 20 de mayo de 1997, E/1998/22.
- ONU, Comité DESC, 17°. Período de sesiones, 1997, *Relación entre las sanciones económicas y el respeto a los derechos económicos, sociales y culturales*, Observación General No. 8, 12 de diciembre de 1994, E/C.12/1997/8.
- ONU, Comité DESC, 19 período de sesiones, 1998, *La aplicación interna del Pacto*, Observación General No. 9, 3 de diciembre de 1998, E/C.12/1998/24.
- ONU, Comité DESC, 20° período de sesiones, 1999, *Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Observación General No. 11, 11 de mayo de 1999, E/C.12/1999/4.
- ONU, Comité DESC, 20° período de sesiones, 1999, *El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Observación General No 12, 12 de mayo de 1999, E/C.12/1999/5.
- ONU, Comité DESC, 21 período de sesiones, 1999, *El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Observación General No 13, 8 de diciembre de 1999, E/C.12/1999/10.

- ONU, Comité DESC, 22 período de sesiones, 2000, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Observación General No 14, 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4.
- ONU, Comité DESC, 29 período de sesiones, 2002, *El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Observación General No. 15, 20 de enero de 2003, E/C.12/2002/11.
- ONU, Comité DESC, 34 período de sesiones, 2005, *La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Observación General N° 16 (2005), 11 de agosto de 2005, E/C.12/2005/4.
- ONU, Comité DESC, 35° período de sesiones, 2005, *El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a). (apartado c del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Observación General No. 17, 12 enero de 2006, E/C.12/GC/17.
- ONU, Comité DESC, 35° período de sesiones, 2005, *El derecho al trabajo (artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Observación General No. 18, 6 de febrero de 2006, E/C.12/GC/18.
- ONU, Comité DESC, *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto*, Observaciones Finales sobre Argentina, 1 de diciembre de 1999, E/C.12/1/Add.38.
- ONU, Comité DESC, 21 período de sesiones, 1999, *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes*

de conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones Finales sobre México, 8 de diciembre de 1999, E/C.12/1/Add.41

ONU, Comité DESC, *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto*, Observaciones Finales sobre Honduras, 21 de mayo de 2001, E/C.12/1/Add.57.

ONU, Comité DESC, *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto*, Observaciones Finales sobre Colombia, 30 de noviembre de 2001, E/C.12/1/Add.74.

ONU, Comité DESC, *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto*, Observaciones Finales sobre Brasil, 26 de junio de 2003, E/C.12/Add.87/.

ONU, Comité DESC, *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto*, Observaciones Finales sobre Guatemala, 12 de diciembre de 2003, E/C.12/1/Add.93.

ONU, Comité DESC, período de sesiones, 2004, *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto*, Observaciones Finales sobre Chile, 1 de diciembre de 2004, E/c.12/Add.105/.

ONU, Comité DESC, 37 período de sesiones, 2006, *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto*, Observaciones Finales sobre El Salvador, 21 de noviembre de 2006, E/C.12/SLV/CO/2.

ONU, Comité DESC, *Revised general guidelines regarding the form and contents of reports to be submitted by states parties under articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 17 de junio de 1991, E/C.12/1991/1.

- ONU, Comité DESC, 36 período de sesiones, 2006, *Día de Discusión General sobre el Derecho a la Seguridad social*, E/2007/CPR.3.
- ONU, CRC, 3er período de sesiones, 1993, *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención*, Observaciones finales sobre Bolivia, 18 de febrero de 1993, CRC/C/15/Add.1 (I: 13).
- ONU, CRC, 1997, *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención*, Observaciones Finales sobre Australia, 21 de octubre de 1997. CRC/C/15/Add.79 (IV:13).
- ONU, CEDAW, 6 período de sesiones, 1987, *Educación y campañas de información pública*, Recomendación General No 3, 10 de abril de 1987, A/43/38. 1987.
- ONU, CEDAW, 8 período de sesiones, 1989, *Igual remuneración por trabajo de igual valor*, Recomendación General No 13.
- ONU, CEDAW, 9 de sesiones 1990, *Necesidad de evitar la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales de acción preventiva y lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA)*, Recomendación General N° 15, 3 de febrero de 1990.
- ONU, CEDAW, 10 período de sesiones, 1991, *Mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares rurales y urbanas*, Recomendación General No 16.
- ONU, CEDAW, 10 período de sesiones, 1991, *Medición y cuantificación del trabajo domestico no remunerado de la mujer y su reconocimiento en el producto nacional bruto*, Recomendación General N° 17.
- ONU, CEDAW, 11° periodo de sesiones, 1992, *La violencia contra la mujer*, Recomendación General No 19, 29 de enero de 1992, A/47/38.

- ONU, CEDAW, 20 período de sesiones, 1999, *La mujer y la salud*, Recomendación General N° 24, 2 de febrero de 1999, A/54/38/Rev.1.
- ONU, CERD, 54 período de sesiones, 1999, *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención*, Observaciones Finales sobre Perú, 13 de abril de 1999, CERD/C/304/Add.69.
- ONU, Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, 27 de febrero de 2007 A/HRC/4/32.
- ONU, Relatora Especial sobre la protección del patrimonio de los pueblos indígenas, Sra. Érica-Irene A. Daes, *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*, 30 de junio de 2000 E/CN.4/Sub.2/2000/25.
- ONU, Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler, *El derecho a la alimentación*. Informe de 27 de julio de 2002, A/57/356.
- ONU, Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler, *El derecho a la alimentación*. Informe de 10 de enero de 2003. Documento E/CN.4/2003/54.
- ONU, Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler, *El derecho a la alimentación*, Informe de 28 de agosto de 2003. Documento A/58/330.
- ONU, Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler, *El derecho a la alimentación*, Informe de 1 de septiembre de 2006. Documento A/61/306.
- ONU, Relator Especial sobre el derecho a la Educación, Sr. Vernor Muñoz Villalobos, *El derecho a la educación*, Informe de 17 de diciembre de 2004, E/CN.4/2005/50.

- ONU, Relator Especial sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos, Sr. Okechukwu Ibeanu, *Efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos*, Informe de 20 de febrero de 2006, E/CN.4/2006/42.
- ONU, Relator Especial sobre la situación del derecho de toda persona al disfrute del mas alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Haunt, *Informe sobre misión a la OMC*, 1 de Marzo de 2004, E/CN.4/2004/49/Add.1.
- ONU, Relator Especial sobre la situación del derecho de toda persona al disfrute del mas alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Haunt, *Informe sobre la situación del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, misión al Perú*, 4 de febrero de 2005, E/CN.4/2005/51/Add.3.
- ONU, Relator Especial sobre la situación del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Haunt, *Informe sobre misión a Rumania*, 21 de febrero de 2005, E/CN.4/2005/51/Add.4.
- ONU, Relator Especial sobre la situación del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Haunt, *Informe sobre la situación del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental en Uganda*, 19 de enero de 2006, E/CN.4/2006/48/Add.2.
- ONU, Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Sr. Rajindar Sachar. *El derecho a la vivienda*, Informe final de 12 de julio de 1995, E/CN.4/Sub.2/1995/12.

- ONU, Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Sr. Miloon Kothari, *La mujer y la vivienda adecuada*, 27 de febrero de 2006, E/CN.4/2006/118.
- ONU, Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Sr. Miloon Kothari, *Informe de 14 de marzo de 2006*, E/CN.4/2006/41.
- ONU, Grupo de Trabajo relativo a las empresas transnacionales, *Normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003), 13 de agosto de 2003.
- ONU, PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano*, 2005.
- ONU, OMS, *Informe de la Conferencia sobre la Atención Primaria de Salud*, Alma-Ata, URSS, 6-12 de septiembre de 1978.
- ONU, UNESCO, *Recomendación sobre la educación para la comprensión, la cooperación y la paz internacionales y la educación relativa a los derechos humanos y las libertades fundamentales* (Aprobada el 19 de noviembre de 1974).
- ONU, UNESCO, *Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte* (aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en su 20a reunión, 21 de noviembre de 1978, París).
- ONU, UNESCO, *Declaración Universal de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) sobre la Diversidad Cultural* (adoptada por la 31ª Conferencia General de la UNESCO realizada en París, el 2 de noviembre de 2001).

- ONU, UNESCO, *Recomendación Revisada relativa a la Enseñanza Técnica y Profesional* (aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en su 31a reunión, 2 de noviembre de 2001, París).
- OIT, *Recomendación sobre la indemnización por accidentes de trabajo*, Recomendación 22, 10 de junio de 1925.
- OIT, *Recomendación sobre la seguridad de los medios de vida*, recomendación 67, 12 de mayo de 1944.
- OIT, *Recomendación sobre la asistencia médica*, recomendación 69, 12 de mayo de 1944.
- OIT, *Recomendación sobre la protección de los trabajadores migrantes (países insuficientemente desarrollados)*, Recomendación 100, 22 de junio de 1955.
- OIT, *Recomendación sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social*, recomendación 167, 20 de mayo de 1983.
- OIT, Resolución del Comité de Libertad Sindical en el Caso No. 1569, *Quejas contra el Gobierno de Panamá presentadas por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), el Sindicato de Trabajadores del Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (SITIRHE) y Sindicato de Trabajadores del Instituto Nacional de Telecomunicaciones (SITINTEL)*, Informe No 281, 1992.
- OIT, *Social Security: A new consensus*. Resolution and conclusions concerning social security, international Labour Conference, 89th Session, 2001.
- OIT, *Social Security for All: investing in global social and economic development. A consultation*, Working Papers, 2006, Issues in Social Protection. Discussion Paper 16, agosto de 2006.

Proclamación de Teherán (proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968).

Declaración de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas celebrada en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972).

Declaración Mundial sobre Educación para Todos (aprobada en la Conferencia Mundial sobre Educación para Todos realizada en Jomtien, Tailandia, en marzo de 1990).

Declaración Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, llevada a cabo en Río de Janeiro entre el 3 y el 14 de junio de 1992).

Declaración y Programa de Acción de Viena (establecida en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada entre el 14 al 25 de junio de 1993. A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993).

Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (adoptado por la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo en septiembre de 1994 en El Cairo, Egipto).

Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial (aprobada en la Cumbre Mundial sobre la Alimentación celebrada en Roma, Italia, entre los días 13 y el 17 de noviembre de 1996).

Declaración de Hamburgo sobre la Educación de Adultos (aprobada en la quinta Conferencia Internacional sobre Educación de Adultos, 18 de julio de 1997, Hamburgo).

Sistema interamericano de protección de los derechos humanos

OEA, Asamblea General, 9 período de sesiones, 1979, *Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (sancionado en 1960, reformado en 1965 y 1979), resolución No 447, octubre de 1979.

OEA, Asamblea General resolución 1983 del año 2004 relativa a pobreza, equidad e inclusión social.

OEA, Asamblea General, *Estatuto del Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral*, 7 de junio de 1996, AG/RES. 1443 (XXVI-O/96).

OEA, Asamblea General resolución 2073 del año 2005 relativa a la importancia de la adopción de una Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

OEA, Asamblea General resolución 2074 del año 2005, relativo a las Normas para la Confección de Informes Periódicos Previstos en el Protocolo de San Salvador.

OEA, Asamblea General, 28 período extraordinario de sesiones, 2001, *Carta Democrática Americana*, 11 de septiembre de 2001.

OEA, Asamblea General, *Reglamento de la Asamblea General de la OEA* (aprobado en el primer período extraordinario de sesiones el 7 de julio de 1970, reformado en los períodos ordinarios de sesiones 3, 4, 7, 8, 10, 11, 13, 20, 22, 27 y 30; y en el período extraordinario de sesiones 18), 5 de junio de 2000, OEA/Ser.P/AG/RES. 1737 (XXX-O/00).

Estatuto del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (aprobado por el Consejo Directivo del IIN durante su 79ª Reunión Ordinaria, celebrada los días 25 y 26 de octubre de 2004 en México, D.F. –CD/RES. 06 (79-04)–. El texto de reforma fue

considerado, sin objeciones, por el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (CP/doc. 3964/04) en su Sesión Ordinaria del 2 de febrero de 2005).

Corte IDH. *Caso De La Cruz Flores Vs. Perú*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115

Corte IDH. *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú*. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167.

Corte IDH. *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 03 de marzo de 2005. Serie C No. 121.

Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

CIDH. “Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.” OEA/Ser/L/V/II.129 Doc 5, 5 de octubre de 2007.

CIDH. Informe No 20/07, solución amistosa, Petición 161-02, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, México, 9 de marzo de 2007.

CIDH. Informe No 48/07, admisibilidad, Peticiones 261-03, 397-03 y 1377-04, Karina Montenegro y otras, Ecuador, 23 de julio de 2007.

CIDH, Informe No 55/07, admisibilidad, Petición 987-04, Comunidad Indígena Kelyenmagategma del Pueblo Enxet-Lengua y sus miembros, Paraguay, 24 de julio de 2007.

- Parra Vera, Oscar, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2003.
- CIDH, *Informe anual de 1970*, OEA/Ser.L/V/II.25 Doc. 9 Rev., 12 marzo 1971.
- CIDH, *Informe anual de 1971*, OEA/Ser.L/V/II.27 Doc. 11 rev., 6 marzo 1972.
- CIDH, *Informe anual de 1973*, OEA/Ser.L/V/II.32 Doc. 3 Rev. 2, 14 de febrero de 1974.
- CIDH, *Informe anual de 2000*, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 21 rev., 6 abril 2001.
- CIDH, *Informe Anual de 2005*, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, 27 febrero 2006.
- CIDH, *Séptimo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba*, OEA/Ser. L/V/II.61 Doc. 29 rev. I, de 4 de octubre de 1983.
- CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.83 Doc. 16 rev.,1 de junio de 1993.
- CIDH, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador*, OEA/Ser. L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 abril 1997.
- CIDH, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México*. OEA/Ser.L/V/II.100 Doc. 7 rev., 1 Septiembre, 1998.
- CIDH, *Informe sobre la condición de la mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100 Doc. 17, 13 de octubre de 1998.
- CIDH, *Tercer Informe sobre los derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999.

- CIDH, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana*, OEA/Ser.L/V/II.104, Doc. 49 rev. 1, 7 de octubre de 1999.
- CIDH, *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú*, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 59 rev., 2 junio 2000.
- CIDH, *La situación de los derechos humanos de los indígenas de las Américas*, Documento OEA/Ser.L/VII.108 Doc. 62, 20 de octubre de 2000.
- CIDH, *Tercer Informe sobre la situación de los derechos humano en Paraguay*, OEA/Ser.L/VII.110 doc. 52, 9 de marzo de 2001.
- CIDH, *Quinto Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*. OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 21 rev., 6 abril 2001.
- CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela*, OEA/Sr.L/V/II.118, Doc. 4 rev. 1, de 24 de octubre de 2003.
- CIDH, *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala*. OEA/Ser.L/V/II.118 Doc. 5 rev. 1, 29 diciembre 2003.
- CIDH, Resolución de Fondo, caso 1802, Paraguay, 27 de mayo de 1977.
- CIDH, Informe de Fondo, caso 2138, “*Testigos de Jehová*” vs. *Argentina*, 18 de noviembre de 1978.
- CIDH, Resolución No. 38/81 de Fondo, caso 4425, Guatemala, 25 de junio de 1981.
- CIDH, Resolución No. 46 /81 de Fondo, caso 4429, Cuba, 25 de junio de 1981.
- CIDH, Resolución No. 47 /81 de Fondo, caso 4677, Cuba, 25 de junio de 1981.

- CIDH, Resolución No. 2 /82 de Fondo, caso 2300, Cuba, 8 de marzo de 1982.
- CIDH, Resolución No. 3 /82 de Fondo, caso 6091, Cuba, 8 de marzo de 1982.
- CIDH, Resolución No. 4 /82 de Fondo, Caso 6093, Cuba, 8 de marzo de 1982.
- CIDH, Resolución No. 6/82 de Fondo, caso 7602, Cuba, 8 de marzo de 1982.
- CIDH, Resolución No. 12/83 de Fondo, caso N° 7615, Brasil, 5 de marzo de 1985.
- CIDH, Informe 90/90 de Fondo, caso 9893, *Movimiento Vanguardia Nacional de Jubilados y Pensionistas vs. Uruguay*, 3 de octubre de 1990.
- CIDH, Informe 30/97 de Fondo, caso 10.087, *Gustavo Carranza vs. Argentina*, 30 de septiembre de 1997.
- CIDH, Informe No 8/98 de Admisibilidad, caso 11.671, *Carlos García Saccone vs. Argentina*, 2 de marzo de 1998.
- CIDH, Informe No. 63/99 de Fondo, caso 11.427, *Víctor Rosario Congo vs Ecuador*, 13 de abril de 1999.
- CIDH, Informe N° 89/99 de Admisibilidad, caso 12.034, *Carlos torres Benvenuto, Javier Mújica Ruiz-Huidrobo, Guillermo alvarez Fernández, Reymer Bartra Vásquez y Maxilimiliano Gamarra Ferreira vs. Perú*, 27 de septiembre de 1999.
- CIDH, Informe 110/00 de Fondo, caso 11.800, *Cesar Cabrejos Bernuy vs. Perú*, 4 de diciembre de 2000.
- CIDH, Informe No 03/01 de Admisibilidad, caso 11.670, *Amilcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros (sistema provisional) vs. Argentina*, 19 de enero de 2001.

- CIDH, Informe 4/01 de Fondo, caso 11.625, *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Informe de 19 de enero de 2001.
- CIDH, Informe de Admisibilidad No 29/01, caso 12.249, *Jorge Odir Miranda Cortez vs. El Salvador*, 7 de marzo de 2001.
- CIDH, Informe de Fondo, No 100/01, caso 11.381, *Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua*, 11 de octubre de 2001.
- CIDH, Informe No 2/02 de Admisibilidad, Petición 12.313, *Comunidad Indígena Yaxye Axa del Pueblo Enxet-Lengua vs. Paraguay*, 27 de febrero de 2002.
- CIDH, Informe No 39/02 de Admisibilidad, Petición 12.328, *Adolescentes en custodia de la FEBEM vs. Brasil*, 9 de octubre de 2002.
- CIDH, Informe No 47/02 de Admisibilidad, Petición 12.357, *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Contraloría General de la República vs. Perú*, de 9 de octubre de 2002.
- CIDH, Informe Nº 75/02 de Fondo, caso 11.140, *Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, 27 de diciembre de 2002.
- CIDH, Informe No. 68/03 de Solución Amistosa, Petición 11.197, *Comunidad San Vicente Los Cimientos vs. Guatemala* 10 de octubre de 2003.
- CIDH, Informe No. 74/03 de Admisibilidad, Petición 790/01, *Gran Cacique Michael Mitchell vs. Canadá*, 22 de octubre de 2003.
- CIDH, Informe No. 40/04 de Fondo, caso 12.053, *Comunidades Indígenas Maya del distrito de Toledo vs. Belice*, 12 de octubre de 2004.
- CIDH, Informe No. 62/04 de Admisibilidad, Petición 167/03, caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros vs. Ecuador*, 13 de octubre de 2004.

- CIDH, Informe de Admisibilidad 70/04, Petición 667/01, caso *Manuel Naranjo Cárdenas vs. Venezuela*, 13 de octubre de 2004.
- CIDH, Informe de Admisibilidad No 32/05, caso 642/03, *Luís Rolando Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, 7 de marzo de 2005.
- CIDH, Informe de Fondo No. 67/06, caso 12.476, *Oscar Elías Biscet y otros vs. Cuba*, 21 de octubre de 2006.
- CIDH, Informe No. 78/06 de Admisibilidad, Petición 12.094, *Comunidades aborígenes Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, 21 de octubre de 2006.
- CIDH, Informe de Admisibilidad No 11/07, caso 01/01, *Nicaragua vs. Costa Rica*, 8 de marzo de 2007.
- CIDH, Medidas cautelares otorgadas a favor de *Diego Esquina Mendoza y otras personas*, resolución de 8 de abril de 1998 (Guatemala).
- CIDH, Medidas cautelares otorgadas a favor de *Juan Francisco Tulich Morales*, resolución de 28 de enero de 1999 (Perú).
- CIDH, Medidas cautelares otorgadas a favor de *las señoritas Dilcia Yean y Violeta Bosica*, resolución de 27 de agosto de 1999 (República Dominicana).
- CIDH, Medidas cautelares otorgadas a favor de del señor *Jorge Odir Miranda Cortez y otros 26 integrantes de la Asociación Atlacatl*, resolución de 29 de febrero de 2000 (El Salvador).
- CIDH, Medidas cautelares otorgadas a favor de *Isabel Velarde Sánchez*, resolución de 28 de agosto de 2001 (Perú).
- CIDH, Medidas cautelares otorgadas a favor de de la *Comunidad Indígena Yaxye Axa*, resolución de 26 de septiembre de 2001 (Paraguay).

- CIDH, Medidas cautelares otorgadas a favor de *Juan Pablo Améstica Cáceres, Manuel Orlando Farías y Náyade Orieta Rojas Vera*, resolución de 20 de noviembre de 2001 (Chile).
- CIDH, Medidas cautelares otorgadas a favor de *Wilson García Asto*, resolución de 2 de abril de 2002 (Perú).
- CIDH, Medidas cautelares otorgadas a favor de *seis ciudadanos ecuatorianos portadores del virus HIV/SIDA*, resolución de 9 de julio de 2002 (Ecuador).
- CIDH, Medidas cautelares otorgadas a favor de *personas portadoras del virus VIH/SIDA*, resolución de 29 de julio de 2002 (Nicaragua).
- CIDH, Medidas cautelares otorgadas a favor de *personas portadoras del VIH/SIDA*, resolución de 14 de agosto de 2002 (República Dominicana).
- CIDH, Medidas cautelares otorgadas a favor de *11 portadores del VIH/SIDA*, resolución de 16 de agosto de 2002 (Guatemala).
- CIDH, Medidas cautelares otorgadas a favor de *quince personas portadores del virus VIH/SIDA*, resolución de 2 de septiembre de 2002 (Perú).
- CIDH, Medidas cautelares otorgadas a favor de *quince personas portadores del virus VIH/SIDA*, resolución de 23 de septiembre de 2002 (Perú).
- CIDH, Medidas cautelares otorgadas a favor de *52 personas, incluyendo a dos menores de edad, portadoras del VIH/SIDA*, resolución de 2 de octubre de 2002 (Bolivia).
- CIDH, Medidas cautelares otorgadas a favor de *Anthony McLeod*, resolución de 4 de octubre de 2002 (Jamaica).
- CIDH, Medidas cautelares otorgadas en favor de *Francisco Chaviano González*, resolución de 6 de diciembre de 2002 (Cuba).

- CIDH, Medidas cautelares otorgadas a favor de *miembros de la Comunidad Indígena Sarayacu*, resolución de 5 de mayo de 2003 (Ecuador).
- CIDH, Medidas cautelares a favor del señor *Mariano Bernal Fragoso*, resolución de 11 de septiembre de 2003 (México).
- CIDH, Medidas cautelares a favor del *niño conocido como “Michael Roberts”*, resolución de 22 de septiembre de 2003 (Jamaica).
- CIDH, Medidas cautelares, a favor del *pueblo indígena Kankuamo de la Sierra Nevada de Santa Marta*, resolución de 24 de septiembre de 2003 (Colombia).
- CIDH, Medidas cautelares para a favor de *Luis Ernesto Acevedo y otras 372 personas privadas de la libertad en la Comisaría de la Policía Nacional Civil en la ciudad de Escuintla*, resolución de 24 de octubre de 2003 (Guatemala).
- CIDH, Medidas cautelares otorgadas a favor de *pacientes del Hospital Neurosiquiátrico*, resolución de 17 de diciembre de 2003 (Paraguay).
- CIDH, Medidas cautelares a favor de *63 niños y niñas y más de 50 adultos en el municipio de Bello, Antioquia*, resolución de 5 de marzo de 2004 (Colombia).
- CIDH, Medidas cautelares otorgadas en favor de *internos – condenados y procesados– alojados en la Penitenciaría de la Provincia de Mendoza y sus dependencias*, resolución de 3 de agosto de 2004 (Argentina).
- CIDH, Medidas cautelares otorgadas a favor de *Oscar González Anchurayco y miembros de la Comunidad de San Mateo de Huanchor*, resolución de 17 de agosto de 2004 (Perú).
- CIDH, Medidas cautelares a favor de los *miembros de la Comunidad Indígena Kelyenmagategma del*

Anexo I. Cuadro de instrumentos internacionales que contienen DESC

DESC	Dº a trabajar	Dº al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias	Dº a la organización sindical y derecho de huelga	Dº a la Seguridad Social	Dº a la protección de la familia	Dº a un nivel de vida adecuado	Dº al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental	Dº a la educación	Dº a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones	Dº al medio ambiente
Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales	*									
Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989	*	*	*	*		*	*	*	*	*
Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas									*	
Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación ⁶⁵⁶	*	*				* ⁶⁵⁷	*	*	*	
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial	*	*	*	*					*	

⁶⁵⁶ Este Convenio menciona en su preámbulo la disposición de la Declaración Universal de Derechos Humanos en la que reconoce "toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo". El Convenio no establece obligaciones a los Estados miembros de desarrollar políticas internas que fomenten el pleno empleo, productivo y plenamente elegido.

⁶⁵⁷ Se refiere al derecho a la vivienda.

DESC	Dº a trabajar	Dº al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias	Dº a la organización sindical y derecho de huelga	Dº a la Seguridad Social	Dº a la protección de la familia	Dº a un nivel de vida adecuado	Dº al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental	Dº a la educación	Dº a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones	Dº al medio ambiente
Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza								*658		
Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones					*660			*661		
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer ⁶⁶²	*	*		*	*		*	*		
Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer							*			
Convención sobre los derechos del niño	*				*					

⁶⁵⁸ Hace referencia en su preámbulo a la proclamación que la Declaración Universal de Derecho Humano hace del derecho de todos a la educación.

⁶⁵⁹ Hace referencia a la discriminación como violación de los derechos humanos y libertados fundamentales proclamados, entre otros instrumentos, en los Pactos internacionales de derechos humanos.

⁶⁶⁰ Art.5.1 "Los padres o, en su caso, los tutores legales del niño tendrán el derecho de organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o sus convicciones y habida cuenta de la educación moral en que crean que debe educarse al niño".

⁶⁶¹ Art.5.1 se refiere al derecho de todo niño a la educación en materia de religión o convicciones conforme con los deseos de los padres.

⁶⁶² Los DESC reconocidos en esta Convención están enunciados como la obligación de los Estados de asegurar los mismos derechos y en igual condiciones que los hombres. No se trata pues, por ejemplo, del derecho de la mujer a la educación, sino de la obligación del Estado de garantizar el acceso a la educación en condiciones de igualdad con el hombre.

⁶⁶³ En su preámbulo reconoce la necesidad de la aplicación universal a la mujer de los derechos reconocidos, entre otros instrumentos, en el Pacto DESC.

	DESC	Dº a trabajar	Dº al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias	Dº a la organización sindical y derecho de huelga	Dº a la Seguridad Social	Dº a la protección de la familia	Dº a un nivel de vida adecuado	Dº al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental	Dº a la educación	Dº a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones	Dº al medio ambiente
Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos							*				
Principios básicos para el tratamiento de reclusos	*664	*665							*666	*	
Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión ⁶⁶⁷		*						*	*	*	
Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad ⁶⁶⁸	*669										

- 664 Establece en su preámbulo que los reclusos gozarán de los derechos proclamados, entre otros instrumentos, en el Pacto DESC, con excepción de las limitaciones necesarias por el hecho del encarcelamiento.
- 665 Se refiere específicamente a la obligación de los Estados de crear condiciones que permitan a los reclusos realizar actividades laborales remuneradas y útiles que permitan su posterior reinserción en el mercado laboral del país.
- 666 Establece el derecho de los reclusos a participar en actividades educativas así como en actividades culturales.
- 667 Hace referencia al derecho a acceso mínimo a material educativo y cultural, a exámenes médicos y a solicitar una segunda opinión médica, así como la obligación de los Estados de proveer asistencia a los familiares de las personas detenidas, en especial a los niños.
- 668 Debe garantizarse el derecho de los menores a disfrutar de actividades y programas útiles que sirvan para fomentar y asegurar su sano desarrollo y su dignidad, promover su sentido de responsabilidad e infundirles actitudes y conocimientos que les ayuden a desarrollar sus posibilidades como miembros de la sociedad, así como proporcionarles la oportunidad de realizar un trabajo remunerado y de proseguir sus estudios o capacitación.
- 669 Expresamente establece que no se negarán a los menores detenidos sus derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos que le correspondan conforme a la ley nacional e internacional.

DESC	Dº a trabajar	Dº al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias	Dº a la organización sindical y derecho de huelga	Dº a la Seguridad Social	Dº a la protección de la familia	Dº a un nivel de vida adecuado	Dº al más alto nivel posible de salud física y mental	Dº a la educación	Dº a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones	Dº al medio ambiente
Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley							*671			
Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores										
Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD)					*674	*675		*		
Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura										
Declaración sobre el progreso y el desarrollo social	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*

670 Obligación de los funcionarios de respetar los derechos humanos, entre ellos, los contenidos en el Pacto DESC.

671 Los funcionarios deben asegurar la plena protección de la salud de las personas bajo su custodia.

672 La interpretación y aplicación de las reglas debe hacerse respetando los derechos contenidos, entre otros, en el Pacto DESC.

673 Directrices han de interpretarse y aplicarse en el marco general de, entre otros instrumentos, el Pacto DESC.

674 los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental. Deberán prestarse servicios apropiados, inclusive de guarderías.

Los gobiernos deberán adoptar una política que permita a los niños criarse en un ambiente familiar de estabilidad y bienestar. Deberán facilitarse servicios adecuados a las familias que necesiten asistencia para resolver situaciones de inestabilidad o conflicto. También tomar medidas para fomentar la unión y la armonía en las familias y desalentar la separación de los hijos de sus padres.

675 Los organismos gubernamentales, deberán asignar elevada prioridad a los planes y programas dedicados a los jóvenes y suministrar suficientes fondos y recursos de otro tipo para prestar servicios eficaces, proporcionar las instalaciones y el personal para brindar servicios adecuados de atención médica, salud mental, nutrición, vivienda y otros servicios necesarios, en particular de prevención y tratamiento del uso indebido de drogas y alcohol, y cercionarse de que esos recursos lleguen a los jóvenes y redunden realmente en beneficio de ellos.

DESC	Dº a trabajar	Dº al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias	Dº a la organización sindical y derecho de huelga	Dº a la Seguridad Social	Dº a la protección de la familia	Dº a un nivel de vida adecuado	Dº al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental	Dº a la educación	Dº a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones	Dº al medio ambiente
						* ⁶⁷⁶				
Declaración universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición										
*										
Declaración sobre el derecho al desarrollo										
*										
Declaración universal del genoma humano y los derechos humanos										
Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos										
*										
Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA	*				*	*	*	*		
Convenio sobre la política del empleo, 1964 ⁶⁷⁷	*									

⁶⁷⁶ Concretamente manifiesta el derecho inalienable a no padecer hambre y malnutrición.

⁶⁷⁷ El Convenio sobre política de empleo, menciona en su preámbulo la disposición de la Declaración Universal de Derechos Humanos en la que reconoce "toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo", en su articulado el convenio establece obligaciones a los Estados miembros de desarrollar políticas internas que fomenten el pleno empleo, productivo y plenamente elegido.

Protección Internacional de los DESC

DESC	Dº a trabajar	Dº al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias	Dº a la organización sindical y derecho de huelga	Dº a la Seguridad Social	Dº a la protección de la familia	Dº a un nivel de vida adecuado	Dº al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental	Dº a la educación	Dº a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones	Dº al medio ambiente
Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948			*							
Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949			*678							
Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares	*	*	*	*	*	*	*	*	*	
Convención sobre el Estatuto de los apátridas ⁶⁷⁹	*	*	*	*		*	*	*		
Convención sobre el estatus de los refugiados ⁶⁸⁰	*	*	*	*		*	*	*		
Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven	*	*	*	*		*	*	*		
Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra ⁶⁸¹		*682				*	*			

678 Basado en los mecanismos de protección necesarios para evitar cualquier menoscabo a este derecho.

679 Basa el contenido de esos derechos en la obligación de los Estados de conceder a los apátridas el mismo trato que a los nacionales.

680 Basa el contenido de esos derechos en la obligación de los Estados de conceder a los refugiados el mismo trato, o el trato más favorable posible, que a los nacionales.

681 Establece de manera general que la Potencia detenedora de los prisioneros de guerra está obligada a atender gratuitamente a su manutención y a proporcionarles gratuitamente la asistencia médica que su estado de salud requiera, así mismo especifica a lo largo de su articulado las condiciones mínimas de higiene, condiciones alimenticias, etc.

682 Los prisioneros de guerra deben beneficiarse de condiciones de trabajo convenientes, estableciendo el convenio una serie de condiciones mínimas

DESC	Dº a trabajar	Dº al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias	Dº a la organización sindical y derecho de huelga	Dº a la Seguridad Social	Dº a la protección de la familia	Dº a un nivel de vida adecuado	Dº al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental	Dº a la educación	Dº a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones	Dº al medio ambiente
Convenio de Ginebra relativo a la protección debida de las personas civiles en tiempos de guerra	*683						*684	*685		
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará"					*			*		
Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con discapacidad ⁶⁸⁶										

⁶⁸³ A las personas protegidas que hayan perdido, a causa del conflicto, su actividad lucrativa, se les dará la oportunidad de encontrar un trabajo remunerado y disfrutará.

⁶⁸⁴ Establece la obligación de proveer asistencia médica a heridos y enfermos en tiempos de guerra, de abastecer a la población en medicamentos, víveres y ropa, así como de asegurar y mantener servicios médicos y hospitalarios.

⁶⁸⁵ Con la colaboración de las autoridades nacionales y locales, la Potencia ocupante facilitará el buen funcionamiento de los establecimientos dedicados a la asistencia y a la educación de los niños.

⁶⁸⁶ Este instrumento no tiene por objeto reconocer directamente derechos económicos, sociales o culturales, sino que establece obligaciones a los Estados, las cuales tienen en mira satisfacer éstos derechos en relación a un grupo de personas particularmente vulnerable.

	DESC	Dº a trabajar	Dº al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias	Dº a la organización sindical y derecho de huelga	Dº a la Seguridad Social	Dº a la protección de la familia	Dº a un nivel de vida adecuado	Dº al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental	Dº a la educación	Dº a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones	Dº al medio ambiente
			*	*	*		*		*		
	Carta Internacional Americana de Garantías Sociales										

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(2007 - 2009)

Thomas Buergenthal
Presidente Honorario

Sonia Picado S.
Presidenta

Mónica Pinto
Vicepresidenta

Margareth E. Crahan
Vicepresidenta

Pedro Nikken
Consejero Permanente

Mayra Alarcón Alba
Line Bareiro

Lloyd G. Barnett

César Barros Leal

Allan Brewer-Carías

Marco Tulio Bruni-Celli

Antônio A. Cançado Trindade

Gisèle Côté-Harper

Mariano Fiallos Oyanguren

Héctor Fix-Zamudio

Robert K. Goldman

Claudio Grossman

María Elena Martínez

Juan E. Méndez

Sandra Morelli Rico

Elizabeth Odio Benito

Nina Pacari

Máximo Pacheco Gómez

Hernán Salgado Pesantes

Wendy Singh

Rodolfo Stavenhagen

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Florentín Meléndez

Paolo G. Carozza

Víctor E. Abramovich

Clare Kamau Roberts

Evelio Fernández Arévalos

Paulo Sérgio Pinheiro

Freddy Gutiérrez Trejo

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sergio García-Ramírez

Cecilia Medina-Quiroga

Manuel E. Ventura Robles

Diego García-Sayán

Leonardo Franco

Margarette May Macaulay

Rhadys Abreu Blondet

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.