

Protección Internacional de los DESC

(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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 loharemos 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

²⁰⁷Cfr. 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 [...] derechos civiles y políticos".

Protección Internacional de los DESC

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

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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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

Protección Internacional de los DESC

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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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, exigirlas. 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

²⁰⁹ Cabe 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: [...]os mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir [...], profesión y ocupación”.

Protección Internacional de los DESC

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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 impostergable 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.

Protección Internacional de los DESC

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 mortalidad 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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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.

Protección Internacional de los DESC

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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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.

Protección Internacional de los DESC

En palabras de la CIDH, en su *Informe Especial sobre Guatemala* de 6 de abril de 2001 (OEA/Ser. L/VII.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, parr. 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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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.

Protección Internacional de los DESC

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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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

Protección Internacional de los DESC

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

²²²Por 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.

²²³Hay 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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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

²²⁴Informe 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.

Protección Internacional de los DESC

- 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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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.

²²⁶A 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.

²²⁷Para 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 las 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

Protección Internacional de los DESC

- 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.

²²⁸Informe 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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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

²²⁹ Por 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.

²³¹ 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. 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

Protección Internacional de los DESC

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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 recurrián 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 numero 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

Protección Internacional de los DESC

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/VII.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)*.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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, 20º 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.

Protección Internacional de los DESC

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. Cançado 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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 cheques 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

²⁴³ Comité 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*

Protección Internacional de los DESC

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 mortalidad 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.

²⁴⁶ 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. 64.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

de carácter económico, social y cultural²⁴⁷. 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.

Protección Internacional de los DESC

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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 negocian 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 Ibíd, 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.

Protección Internacional de los DESC

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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 Ibíd, 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 médicas 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.

Protección Internacional de los DESC

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 [I] caso”, párr. 47.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

[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 Reeducación 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 Cesi 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.

Protección Internacional de los DESC

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 Brasil*²⁶⁸, 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.

Protección Internacional de los DESC

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

²⁶⁹ En 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).

Sistema Universal y Sistema Interamericano

reiteradas en el Caso *Albán Cornejo y otros contra Ecuador*²⁷⁰, 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.

Protección Internacional de los DESC

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 padecan 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 delinean 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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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”.

²⁷⁶Cfr. 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.

Protección Internacional de los DESC

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.

²⁸⁰ Comité DESC. *Observación General No 12. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto)*. 20º período de secciones. 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/I.27 de 11 de abril de 2003, punto 2)

²⁸¹ Cfr. 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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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. pár. 21) quienes, en consecuencia, decidieron, entre otras cosas, “[r]eafirmar[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).

Protección Internacional de los DESC

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 obsten 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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 las 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, pár. 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.

Protección Internacional de los DESC

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).

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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).

Protección Internacional de los DESC

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 reciproca 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 (Cfr. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas *los derechos económicos, sociales y culturales. El derecho a la alimentación*. Documento E/CN.4/2003/1.27 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*

Sistema Universal y Sistema Interamericano

Ha señalado el Comité DESC, que “el derecho a una alimentación adecuada [...]es [...] 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 nacional 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).

Protección Internacional de los DESC

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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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.

Protección Internacional de los DESC

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).

³⁰⁴ 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. 25.

³⁰⁵ Ibíd., párr. 21.

³⁰⁶ Cfr. 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...”

Protección Internacional de los DESC

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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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

Protección Internacional de los DESC

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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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”

Protección Internacional de los DESC

(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,

³⁰⁹ De 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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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).

Protección Internacional de los DESC

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*, pár. 1 del artículo 11 del Pacto). 6º período de sesiones. Documento E/1992/23, pár. 9).

³¹² Cfr. Comité DESC. *Observación General No. 4. El derecho a una vivienda adecuada* (pár. 1 del artículo 11 del Pacto). 6º período de sesiones. Documento E/1992/23, párrs. 8 y 9 y *Observación General No. 7. El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzados* (pár. 1 del artículo 11 del Pacto). 16º período de sesiones. Documento E/1998/22, párrs. 8 y 14.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 suministrarlala 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 forzados* (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.

Protección Internacional de los DESC

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 forzados 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).

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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.

Protección Internacional de los DESC

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. Rajinder 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.

Protección Internacional de los DESC

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,

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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.

Protección Internacional de los DESC

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

³²⁵ De 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.

³²⁶ En 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.

³²⁷ El 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.

³²⁸ Entre 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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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, “[el] 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.

³²⁹P. 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.

³³⁰Asbjørn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 225.

Protección Internacional de los DESC

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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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.

Protección Internacional de los DESC

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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 influencian 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.

Protección Internacional de los DESC

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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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[l] [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.

Protección Internacional de los DESC

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

³⁴⁵ Corte IDH. *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 03 de marzo de 2005. Serie C No. 121.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 Huamán y García Santa Cruz*. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167.

Protección Internacional de los DESC

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

³⁴⁷ Comité 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.

³⁴⁸ Uno de los debates planteados por la CIDH con respecto a esto surge de la puesta en práctica de políticas de trabajo voluntario en Cuba,

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 mencionados 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 mérito 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 una 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 República Dominicana 1999, párr. 340.

Protección Internacional de los DESC

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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

- 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.

³⁵⁵CIDH, *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.

Protección Internacional de los DESC

- 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;

³⁵⁶A 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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

- 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;

Protección Internacional de los DESC

- 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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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.

³⁵⁹ Comité 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 forzados, 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, 11º 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

Protección Internacional de los DESC

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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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

³⁶³ Observación 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.

³⁶⁴ Recomendación General N° 16, Décimo período 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).

³⁶⁵ Recomendación General N° 17, décimo período 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).

³⁶⁶ CIDH, 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.

³⁶⁷ CIDH, Informe N° 4/01, Caso 11.625, *María Eugenia Morales de la Sierra* (Guatemala), de 19 de Enero de 2001.

Protección Internacional de los DESC

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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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,

Protección Internacional de los DESC

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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 si 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.

Protección Internacional de los DESC

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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 su 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.

Protección Internacional de los DESC

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 Republica Dominicana 1999. párr. 332).

Sistema Universal y Sistema Interamericano

muchos casos lleva a estos grupos a acudir a la llamada “economía sumergida” como único medio de subsistencia³⁹¹. Esa situación específica de vulnerabilidad los convierten, 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 acarrean 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.

Protección Internacional de los DESC

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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 para 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

Protección Internacional de los DESC

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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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,

Protección Internacional de los DESC

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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 quieran hacerlo, al considerar la posibilidad de, al hacerlo, perder el medio de subsistencia propio y el de su familia⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ Informe sobre Cuba, párr. 51.

⁴⁰⁶ Las 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.

⁴⁰⁷ Ver 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

Protección Internacional de los DESC

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, “[el] 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”.

⁴⁰⁸ CIDH, Informe N° 100/01, Caso 11.381, *Milton García Fajardo y Otros* (Nicaragua), de 11 de octubre de 2001.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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”.

Está 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[ol] por el Comité de Libertad Sindical de la [...] OIT, y por otras organizaciones internacionales de derechos humanos que manifiestan su preocupación al respecto”, pár. 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.

Protección Internacional de los DESC

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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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>.

Protección Internacional de los DESC

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/seccsoc/downloads/353spl.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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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.

Protección Internacional de los DESC

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 reajustable 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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 inadmisible. 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.

Protección Internacional de los DESC

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 inadmisible [...]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 reducción⁴²⁶ 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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

las personas. [...] desde el momento en que [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 incorporales 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.

Protección Internacional de los DESC

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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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”.

Protección Internacional de los DESC

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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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/seccsoc/downloads/353spl.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”.

Protección Internacional de los DESC

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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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

Protección Internacional de los DESC

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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 parcial”⁴⁴⁵. 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 prescrita”⁴⁴⁸, 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 entraña 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.

Protección Internacional de los DESC

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

⁴⁴⁹ Recomendación 67 sobre la seguridad de los medios de vida, 1944, OIT, párr. 16 del Anexo principios normativos y sugerencias para su aplicación.

⁴⁵⁰ Ibíd.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 sobreverá 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

Protección Internacional de los DESC

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 deben ser aplicables a “viudos” que pierden sus medios de existencia por la pérdida de su esposa.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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, “[I]los 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

Protección Internacional de los DESC

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. [...]En general las mujeres trabajan 12-13 horas a la semana más que los hombres en América Latina, debido a sus dos tipos de responsabilidades [...]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 períodos 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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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/seccsoc/downloads/353spl.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 Rumanía 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.

Protección Internacional de los DESC

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 períodos 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”.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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.

Protección Internacional de los DESC

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 tienen 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).

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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.

Protección Internacional de los DESC

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:

⁴⁶⁸ Supra., párr. 10.

⁴⁶⁹ Día de Discusión General sobre el Derecho a la seguridad social, E/2007/CPR.3, párr. 24.

⁴⁷⁰ Recomendación 67 sobre la seguridad de los medios de vida, 1944, OIT.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

- 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 sí misma, en este sentido, “[w]hile the distinction between social security and social assistance was often of arbitrary nature and needed to be revised, 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.

Protección Internacional de los DESC

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 significante está cubierta solo para algunas pocas eventualidades⁴⁷².

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/seccsoc/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. Convienen 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. Convienen 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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 gratuitad 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 11^a 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 20^a 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 25^a 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).

Protección Internacional de los DESC

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 pudiere 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 plurarlismo (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).

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 professar 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.

Protección Internacional de los DESC

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).

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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.

Protección Internacional de los DESC

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).

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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.

Protección Internacional de los DESC

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

⁴⁹³ En 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] conceder, 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 oportunidades 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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 coherentes 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 Yean 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]).

⁴⁹⁴ La 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).

Protección Internacional de los DESC

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

⁴⁹⁵ Cfr. 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.

⁴⁹⁶ 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. 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).

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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:

[I]a 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, Verner 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 resolutivo 15), *Penal Miguel Castro Castro* (párrs. 451 y 452, punto resolutivo 15), *Vargas Areco* (Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párrs. 161 y 168, punto resolutivo 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 resolutivo 11), *Servellón García y otros* (Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 200 y punto resolutivo 12), *Claude Reyes y otros* (Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párrs. 164 y 165 y punto resolutivo 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 resolutivo 11); *Ximenes Lopes* (Sentencia

Protección Internacional de los DESC

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 [...] El 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 Álvarez* (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). *Aloeboetoe* (Sentencia sobre reparaciones de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 96 y punto resolutivo 5).

500 No 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).

501 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. 39 y 40.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 los 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 derecho 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

⁵⁰² 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. 41 a 46.

⁵⁰³ Ibíd.

⁵⁰⁴ Cfr. *Caso de las niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130; párr. 185.

⁵⁰⁵ Cfr. 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.

Protección Internacional de los DESC

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 Reeducación 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*. 11º 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*. 13º período de sesiones. Documento E/1996/22. 1995, párr. 37).

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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, Verner 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, pár. 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, pár. 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, pár. 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, Verner 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

Protección Internacional de los DESC

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*

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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.

Protección Internacional de los DESC

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, ampliéndolos. 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).

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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

⁵²²Cfr., *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.

⁵²³Adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas celebrada en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972.

⁵²⁴Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 37/7 de 28 de octubre de 1982.

Protección Internacional de los DESC

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 a 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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 30º período ordinario de sesiones celebrado en Banjul, Gambia, del 13 al 27 de octubre de 200).

Protección Internacional de los DESC

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 “respondiendo 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 irremediablemente 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, convi[nieron] en

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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.

Protección Internacional de los DESC

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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 Ibeantu. *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

Protección Internacional de los DESC

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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 conceptuar 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 Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992, Principio 15.

⁵⁴²Goldember, 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.

Protección Internacional de los DESC

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 humano”.

545 Comité 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).

546 Lo que también debe ser interpretado de acuerdo al principio precautorio.

547 Cfr. Carta Principios Generales, puntos 2, 4, 6, 10 a) y 11 a).

548 Con la excepción, por supuesto, en que las actividades dañosas que los particulares se proponen realizar no afecten al ambiente sino en un

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 conceptuado 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.

Protección Internacional de los DESC

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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 las 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, parr. 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 conciernen 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

Protección Internacional de los DESC

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 Sawhoyamaxa*. 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: “[...]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, Añon, 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.

Protección Internacional de los DESC

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 31^a 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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 “estímulo 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.

Protección Internacional de los DESC

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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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

Protección Internacional de los DESC

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 conceptuación 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.

⁵⁶⁵ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párrs. 102 y 103.

⁵⁶⁶ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 103.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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

Protección Internacional de los DESC

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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 conceptuación 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

Protección Internacional de los DESC

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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 humano 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).

Protección Internacional de los DESC

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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

efectivo ejercicio de todos los derechos humanos y, a la inversa, de su realización depende la vigencia de mucho 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.

Protección Internacional de los DESC

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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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”.

Protección Internacional de los DESC

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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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).

Protección Internacional de los DESC

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 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 Saramaca 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 respecto 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) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 151).

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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*, *Sawhoyamaxa* 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

Protección Internacional de los DESC

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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 en 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.

Protección Internacional de los DESC

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 Sawhoyamaxa, 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

⁵⁸³ Caso 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 Yakyé Axa*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137).

⁵⁸⁴ Corte 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. Daes 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”

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 trasladados 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.

Protección Internacional de los DESC

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.

⁵⁹² Supra, artículo 16, inciso 4.

⁵⁹³ Supra, artículo 19.

⁵⁹⁴ Cfr. Corte IDH *Caso del Pueblo Saramaka*, Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 102 y 103.

⁵⁹⁵ Cfr. Corte IDH *Caso del Pueblo Saramaka*, Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs 101 y 102.

⁵⁹⁶ 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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 Sawhoyamaxa*. 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 Yakyé Axa*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 144 a 149 y 217; caso *Comunidad Indígena Yakyé 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) Awas 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

Protección Internacional de los DESC

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[el 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[el 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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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

Protección Internacional de los DESC

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 dicho 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 *Awas 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”).

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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) Awas 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) Awas 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.

Protección Internacional de los DESC

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)

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 CIDH 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

Protección Internacional de los DESC

“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 numero 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/VII.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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 [...] el 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 “[el] derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisito 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.

Protección Internacional de los DESC

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, pár. 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, pár. 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, pár. 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 [...] deberá 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*

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 Yakyé Axa* y *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, 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 tratado 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).

Protección Internacional de los DESC

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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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

Protección Internacional de los DESC

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.

⁶²⁵Cfr. Augusto César Belluscio, “Manual de Derecho de Familia”, 6ta. edición, Ed. Depalma, Bs. As, 1998, p. 3 a 15.

⁶²⁶Cfr. 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 Castrillón Orrego, en su artículo “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los Pueblos Indígenas”.

⁶²⁷Sin 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).

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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.

⁶²⁸En 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).

⁶²⁹Cfr. 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).

⁶³⁰En 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

Protección Internacional de los DESC

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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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,

⁶³²CADH, artículo 17I, 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).

⁶³³CDH, 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 “[el] 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).

Protección Internacional de los DESC

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 *Maria 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

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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.

Protección Internacional de los DESC

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

⁶³⁸ 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, párrs. 62 y 66.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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.

Protección Internacional de los DESC

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.

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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 perpetradas 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.

⁶⁴⁶ Tituladas 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.

⁶⁴⁷ Comité CEDAW, Observación General No 11, “La violencia contra la mujer”, 11º período de sesiones, 1999, 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

Protección Internacional de los DESC

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 ineeficacia 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).

Sistema Universal y Sistema Interamericano

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.