



Organización
de las Naciones Unidas
para la Educación,
la Ciencia y la Cultura

Hezkuntza,
Zientzia eta Kulturarako
Nazio Batuen Erakundea



centro unesco euskal herria
centre unesco pays basque
unesco centre basque country

EMPODERANDO A LAS PERSONAS POBRES

Mediante Litigios en Materia de
Derechos Humanos

Maritza Formisano Prada



Manual

EMPODERANDO A LAS PERSONAS POBRES

Mediante Litigios en Materia de
Derechos Humanos

Maritza Formisano Prada

Manual



Título original: Empowering the Poor through Human Rights Litigation

Publicado originalmente por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), 7, place de Fontenoy, 75352 París 07 SP, Francia.

© UNESCO 2011

© UNESCO Etxea – Centro UNESCO País Vasco, 2012, publicación de traducción en español.

La presente edición ha sido publicada por UNESCO Etxea – Centro UNESCO País Vasco, con la autorización de la UNESCO y el apoyo de la Agencia Vasca de Cooperación para el Desarrollo.



ISBN: 978-84-934779-4-3

Depósito legal: BI-1462-2012

La terminología empleada y la presentación del material que aparecen en esta publicación no implican en manera alguna que la UNESCO exprese ningún tipo de opinión respecto al estatus legal de país, territorio, ciudad o área alguna o de sus autoridades o respecto a la delimitación de su territorio o fronteras.

Los autores y/o autoras son responsables de la elección y la presentación de los hechos contenidos en el presente libro, así como de las opiniones expresadas en el mismo, que no reflejan necesariamente las de la UNESCO ni comprometen en modo alguno a dicha Organización.

La presente traducción se ha elaborado bajo la responsabilidad de UNESCO Etxea – Centro UNESCO País Vasco.

Autora/Investigación y redacción: Maritza Formisano

Edición original: David McDonald

Edición de la versión en castellano: UNESCO Etxea y Bakun S.L.

Traducción al castellano: Ana Blázquez (Bakun S.L.)

Fotografías: Ana C. Golpe; UNESCO/Le Mignon Misato; Zsolt Zatrok; UNESCO/Petterik Wiggers; Asianet-Pakistan; UNESCO/Roger Dominique; Ejército de los EE.UU. en África; Asianet-Pakistan; UNESCO/Esther Mooren

Diseño gráfico original: MH DESIGN/Maro Haas

Adaptación de maqueta: Roberto Gutierrez

Impresión: CUATROAS

Reconocimientos

Esta publicación se realizó bajo la supervisión general de la Sra. Ángela Melo, Directora de la División de Derechos Humanos, Democracia y Filosofía y bajo la supervisión directa de la Sra. Moufida Goucha, Jefe de la Sección de Seguridad Humana, Democracia y Filosofía y el Sr. Alexander Schischlik, Jefe de la Sección de Lucha contra la Discriminación y el Racismo.

Un agradecimiento especial a todos los Organismos, agencias y programas de las Naciones Unidas que han aportado sus comentarios y sugerencias a esta publicación y en particular a Kinshore Singh, de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH); Petra Pitcha, de la Sección de Metodología, Educación y Formación (SMEF) de la OACDH; Christian Courtis, de la OACDH; Barbara Ekwall, Coordinadora de la Unidad de Derecho a la Alimentación de la Organización para la Agricultura y la Alimentación (FAO); Rostedt, Annelie Gun Elisabeth, de la Organización Mundial de la Salud (OMS); Nygren Krug, Helena Maria, de la OMS; Yehenew Walilegne, de la OMS; Annette Peters, Asistente del Departamento de Ética, Equidad, Comercio y Derechos Humanos, Información, Pruebas Científicas e Investigaciones de la OMS; Walilegne, Yehenew Tsegaye, de la OMS.

Nuestro sincero agradecimiento a las ONG y expertos/as que han participado en esta publicación, entre los/las que se cuentan: Malcolm Langford, Director, Programa de Derechos Socioeconómicos, PDSE, Centro Noruego de Derechos Humanos de la Universidad de Oslo; Biraj Patnaik, Asesor Principal de la Oficina de Comisionados de la Corte Suprema de India; Ana María Suárez, de la Información y Red de Acción sobre el Derecho a la Alimentación, FIAN Internacional; Yves Prigent, de Amnistía Internacional (AI); Sara Bassiuni, de Amnistía Internacional; Luisa Cruz; Maider Maraña, Kultura eta Giza Garapena Cultura y Desarrollo Humano, UNESCO Etxea; Natalia Uribe, UNESCO Etxea; Monica Hernando, UNESCO ETXEA; Alexandra Aubry, ONG Terre des Hommes; Bret Thiele, Centro por el Derecho a la Vivienda y contra los Desalojos (COHRE); Ginette Karekinyana, Agencia Consultora en Ética de la Cooperación Internacional (ACECI).

También queremos agradecer sus sugerencias y apoyo al personal de la División de Derechos Humanos, Democracia y Filosofía así como a la División de Ciencias Sociales, Investigación y Políticas.

Abreviaturas y Acrónimos

ACNUR	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
CADHP	Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
CADHP	Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
CADHP	Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CESCR	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DELP	Documento de Estrategia de Lucha contra la Pobreza
ECOWAS	Tribunal de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental
EPT	Educación Para Todos
FAO	Organización para la Agricultura y la Alimentación de las Naciones Unidas
FPNU	Fondo de Población de las Naciones Unidas
OACDH	Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONG	Organización No Gubernamental
ONU DAES	Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas
ONU	(Organización de las) Naciones Unidas
ONUSIDA	Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PS	Protección Social
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UNDAF	Marco de Asistencia de las Naciones Unidas para el Desarrollo
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UN-HABITAT	Programa de Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos
UNICEF	Fondo de Naciones Unidas para la Infancia

PRÓLOGO

El primero de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) que 184 Estados aprobaron en el año 2000 establece la prioridad de reducir a la mitad la pobreza extrema y el hambre para 2015.

Informes sucesivos sobre la consecución de los ODM muestran que algunos de los países más pobres han logrado mejoras considerables en los campos de la educación, la salud, el empleo y la participación ciudadana, todo lo cual tiende a reducir la pobreza extrema. No obstante, a pesar de un progreso cuantificable, las poblaciones y grupos más vulnerables y marginados – las mujeres, los niños y las niñas, las personas sin techo, desempleadas, con discapacidad, mayores, indígenas, migrantes y desplazadas – siguen quedando marginadas y ampliamente excluidas de estos logros.

A modo ilustrativo, el Informe sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio 2011 muestra que es la infancia más pobre la que ha progresado más lentamente en cuanto a mejorar su nutrición, y que las oportunidades de acceder a empleos plenos y productivos siguen siendo especialmente escasas para las mujeres. Este informe también subraya la poderosa influencia de las circunstancias sociales y económicas en las oportunidades de la vida; de entre los hijos de familias paupérrimas, aquellos que viven en áreas rurales y son chicas tienen una muy alta probabilidad de quedar sin escolarizar.

Estos resultados señalan la necesidad de reorientar las acciones que se están llevando a cabo para permitir que todas las personas, especialmente aquellas pobres y marginadas, se beneficien de las mejoras que se derivan de estas nuevas medidas. En este sentido, toda acción debería guiarse por la integración del principio de no discriminación en las estrategias de inclusión social, a fin de garantizar igualdad de oportunidades para todos y todas, independientemente de su origen.

La UNESCO está trabajando para fomentar la definición de políticas y estrategias comprometidas con la equidad y la justicia social que respeten y valoren la diversidad. Se están desarrollando proyectos y programas que integran los derechos humanos en las diferentes estrategias (enfoque HRBA), con vistas a construir sociedades menos excluyentes y más justas, y convirtiendo la “integración social” en la prioridad de la Organización para el próximo bienio (2012–2013). De hecho,

la incorporación de los derechos humanos implica que todos los programas, políticas y ayudas técnicas deberán promover el cumplimiento de los derechos humanos tal y como se exponen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en otros instrumentos de los Derechos Humanos. También implica que los principios y estándares de los derechos humanos deberán guiar el proceso de programación en todos los campos y todas las fases, incluidas las de diseño, implementación, verificación y evaluación de las políticas públicas. El HRBA ayuda a explicar el valor de los derechos humanos en el desarrollo y en los Procesos Nacionales de Programación a la hora de definir patrones no excluyentes en los que todos y todas se sientan valorados y tengan la oportunidad de participar plenamente en la vida de la sociedad.

La exclusión social tiene que ver con recursos, oportunidades y capacidades. Afecta a todo grupo que vive en condiciones de aislamiento y desconexión de la sociedad y los procesos de desarrollo. En este sentido, el reto es volver a conectar a estos grupos mediante acciones específicas que les permitan y motiven a convertirse en ciudadanos activos. La presente publicación “Empoderando a las Personas Pobres: mediante Litigios en Materia de Derechos Humanos” contempla abordar las disposiciones legales como un primer paso para generar el cambio social.

La discriminación por razones de pobreza impide con frecuencia el acceso precisamente a las herramientas que se necesitan para luchar contra esa condición. Es importante luchar contra las formas reconocidas de discriminación, entre las que se cuentan la raza, la etnia, la religión, el género y otras. Las personas pobres también suelen verse discriminadas por motivo de su situación socioeconómica. El reto es superar este obstáculo principal a su empoderamiento; de otra manera, aquellas personas atrapadas en la pobreza pueden caer en un círculo vicioso del que es muy difícil salir.

En la lucha por derrotar la pobreza, es importante no olvidar que todos los derechos humanos son universales e indivisibles.

Esto quiere decir que los derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales están interconectados y son igualmente importantes para su realización mutua. Los derechos económicos, sociales y culturales juegan un papel especialmente crucial en la lucha contra la pobreza. Constituyen el primer paso para garantizar que se asegure el acceso de cada individuo a todos los derechos humanos a fin de lograr su universalidad. A este respecto, la adopción del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 2008 supuso un importante avance, ya que capacita a individuos o grupos de individuos para ser titulares de cualquiera de los derechos consagrados en este Pacto ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La UNESCO apoya el conjunto de buenas prácticas que han aplicado organizaciones y Estados Miembros que han tomado la iniciativa en la promoción de la integración social para que sirvan de inspiración a otras partes implicadas. Además, la Organización anima a la recogida de datos para evaluar e interpretar el impacto de políticas, leyes y normativas nacionales sobre las principales áreas políticas, como la participación activa de la juventud, las mujeres, las personas migrantes, indígenas y con discapacidad. La UNESCO está comprometida

con la comprensión y el abordaje de los retos sociales y éticos emergentes de los grupos vulnerables que están excluidos de la sociedad y con la transformación de estos retos en oportunidades para la innovación social y ética.

La presente publicación “Empoderando a las Personas Pobres: mediante Litigios en Materia de Derechos Humanos” busca apoyar estos procesos. Es una herramienta pedagógica que se propone como guía tanto para organizaciones de base como para autoridades estatales en su labor para erradicar la pobreza. Este manual busca contribuir al desarrollo de las capacidades de dichos agentes responsables, para que cumplan con sus obligaciones, y de los titulares de derechos, para que reclamen los mismos. Es una herramienta desarrollada con el objetivo de apoyar iniciativas de ayuda y formación y acciones que compartan conocimientos, reduzcan la privación y preserven la dignidad humana con la intención de crear una cultura integradora de paz en la que todos y todas tengan la libertad de imaginar un mundo mejor y las herramientas para dar forma a la realidad en esa dirección.

Pilar Álvarez Laso
*Subdirectora General
de Ciencias Sociales y Humanas*

INTRODUCCION

El proyecto de la UNESCO sobre la pobreza se ha centrado en un análisis conceptual de la misma dentro del marco de los derechos humanos. Mediante este proyecto, la Organización busca estimular el compromiso dentro de la comunidad internacional para que asuma su obligación moral de tomar medidas para la erradicación de la pobreza y para que contribuya a la realización de los derechos humanos para todas las personas sin discriminación de tipo alguno.

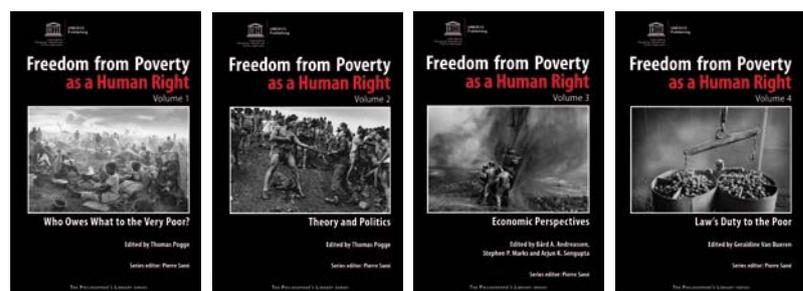
Las transformaciones fundamentales de las sociedades deberían basarse en la dignidad humana, la libertad y la igualdad. Por ello, las democracias tienen que permitir la participación de todos los agentes del mundo globalizado – lo que significa que los hombres y las mujeres deberán ser tratados como iguales. La pobreza excluye a los seres humanos de la participación en la sociedad y crea condiciones de marginación material y legal. Esta situación se ve intensificada a menudo por la ausencia de políticas concretas y pertinentes que aborden las necesidades de las personas pobres, y por la persistencia de políticas, procesos e ideologías que permiten la pobreza.

El proyecto de la UNESCO es una respuesta a este reto. Promueve la idea de que, vinculando la pobreza con los derechos humanos, se crea una apertura desde la que se puede comprender y abordar el anterior concepto en términos de privación de **capacidades** o ausencia de **empoderamiento**, como una negación e incluso una **violación de los derechos humanos**, más que en términos de ingresos o de caridad. Las personas que viven en pobreza pueden carecer de derechos formales o, allí donde dichos derechos formales existen, de acceso equitativo a los derechos que les corresponden formalmente. Estas personas se encuentran en una situación de injusticia, de vulnerabilidad y están privadas de dignidad – un elemento central en todos los derechos humanos. Cuando las personas no pueden disfrutar de derechos como el derecho a una alimentación adecuada, al agua y al vestido, al nivel de salud más alto posible y a una vivienda apropiada, están incapacitados para vivir una vida decente. La pobreza también ejerce presión sobre las instituciones y la sociedad civil para que establezcan líneas

de acción legales que definan políticas públicas eficaces para luchar contra esta amenaza.

La UNESCO está dedicada a este compromiso y afirma la necesidad de la cooperación internacional para combatir la pobreza desde la perspectiva de los derechos humanos. Con esta finalidad, la Organización ha publicado la colección Pobreza y Derechos Humanos, compuesta por cuatro volúmenes Pobreza y Derechos Humanos: Quién le Debe Qué a las Personas Más Pobres (editado por Thomas Pogge); Pobreza y Derechos Humanos: La Obligación de la Ley para con las Personas Pobres (editado por Geraldine Van Bueren); Pobreza y Derechos Humanos: Teoría y Política (editado por Thomas Pogge); y Pobreza y Derechos Humanos: Perspectivas Económicas (editado por Bård Andreassen, Stephen Marks and Arjun Sengupta). La primera fase de la investigación buscaba revelar los elementos nucleares de la pobreza y combatirlos empleando un enfoque pluridimensional que incluía las perspectivas de la filosofía, el derecho, las ciencias políticas y la economía.

La segunda fase de este reto era establecer un vínculo entre los enfoques conceptuales anteriormente mencionados en lo que respecta a superar la pobreza mediante acciones orientada a las políticas. La creación de estándares dentro



de marcos legales sobre la realidad de la pobreza es crucial en este esfuerzo. **Las Organizaciones No Gubernamentales (ONG)** se encuentran entre los principales agentes situados entre los legisladores y las personas pobres, y han propuesto estrategias innovadoras para erradicar la pobreza. Ocupan una posición única entre los sectores pobres y marginados de la sociedad y las instituciones, desde la que se concentran en el desarrollo, las causas de la pobreza y sus consecuencias, la protección social, el empoderamiento, etc. Las ONG no sólo participan en el control y seguimiento de las decisiones de los tribunales, sino que también presentan casos con un potencial significativo para las personas pobres ante la opinión pública nacional e internacional. Es por ello que la UNESCO ha decidido desarrollar un manual para asistir a las ONG en su esfuerzo —*Empoderando a las Personas Pobres: mediante Litigios en Materia de Derechos Humanos*¹

⇒ ¿POR QUÉ UN MANUAL?

El propósito de este manual es colaborar con las organizaciones de base, en especial con las ONG, en la definición del contenido de los derechos económicos, sociales y culturales (derechos ESC), así como empoderar a las ONG que trabajan para atajar la pobreza sobre el terreno.

El presente manual elabora estándares para la erradicación de la pobreza extraídos de la comparación de jurisprudencia, destacando las técnicas interpretativas utilizadas por los y las jueces en una serie de casos relevantes de derechos ESC de todo el mundo. De hecho, este manual apoya la idea de que destacando los esfuerzos interpretativos de los tribunales, se canalizan las voces de las personas pobres y se proporcionan principios y precedentes para tomar acciones.

Este manual está basado en la idea de que la reclamación de los derechos ESC ante la justicia será una realidad que presentará los derechos con mayor claridad para sus titulares y garantes, así como para la sociedad civil en su conjunto. No sólo proporcionará *locus standi* a las ONG, sino que empoderará su papel sobre el terreno.

⇒ ¿CUÁL ES EL ENFOQUE?

Este manual no acepta la denominación tradicional de los derechos ESC como derechos humanos de segunda generación, frente a los derechos civiles y políticos. Esta división da lugar a conceptos erróneos sobre la indivisibilidad de los derechos humanos y no tiene en cuenta el alcance y la naturaleza de

los derechos ESC ni las mejoras actuales que los fallos judiciales han aportado a su definición. Tal división se opone a los principios de indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos y debe ser evitada por ese mismo motivo.

Por consiguiente, este manual se centra en los principios de interdependencia e interrelación, que reconocen que el disfrute pleno de cualquier derecho en concreto depende del disfrute de otros. Así, los capítulos relativos a los derechos ESC están relacionados unos con otros y reproducen ejemplos clave de la jurisprudencia que subrayan su interdependencia.² Además de estos principios, los capítulos de este manual destacan el principio de universalidad, analizando iniciativas especiales de las ONG y decisiones legales relativas a grupos vulnerables en este contexto.

Este manual no se concentra sólo en los principios fundamentales de la inclusión de los derechos humanos en las diferentes estrategias (enfoque HRBA) deliberadamente. Antes bien, propone un enfoque más amplio para la comprensión y el abordaje de la pobreza que incluye la evaluación de las raíces de las relaciones de poder en las sociedades. Estas relaciones de poder se evalúan conforme a las pruebas que han aportado los avances legales proporcionados por sentencias nacionales en materia de derechos ESC, como la facilitación de estrategias legales de movilización o el compromiso pleno de todas las partes implicadas en estas cuestiones. Este manual también subraya el papel fundamental de las ONG en la promoción de los derechos ESC sobre el terreno.

⇒ ¿CUÁL ES EL RAZONAMIENTO?

El punto de partida de este manual es la idea de que uno de los obstáculos principales a la defensa en justicia de los derechos ESC conforme al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) es la determinación de si el Estado Parte ha satisfecho sus obligaciones con respecto a los derechos enumerados en el tratado. La razón subyacente de este reto parece ser el concepto de “realización progresiva”, que explica cómo los Estados Partes continúan avanzando en el cumplimiento del derecho incluso si dicho derecho no se cumple en su totalidad.

A lo largo de varios años, los y las jueces han desarrollado en sus decisiones judiciales estándares para medir el avance de los derechos ESC. Este manual busca proporcionar ejemplos concretos de la aplicación forzosa de dichos derechos y clarificar la relación entre la aplicación judicial de los derechos ESC y el auxilio a las personas pobres en la realidad. De hecho, hay casos comparativos por todo el mundo que prueban que la

1. Empoderando a las Personas Pobres: Mediante Litigios en Materia de Derechos Humanos. Manual para ONG

2. Por ejemplo, “el derecho a una vivienda no puede limitarse a tener cuatro paredes y un techo, sino que implica una intrincada combinación de idoneidad, salud, seguridad y la ley”.

perspectiva de los derechos humanos puede aliviar la pobreza e incrementar el empoderamiento de las personas pobres.

Puesto que los movimientos sociales progresistas están incluyendo en su trabajo estrategias de litigio basadas en derechos, este manual va dirigido a las ONG y demás organizaciones de base. Esta es la razón por la que las resoluciones judiciales representan elementos estratégicos que pueden aportar una guía útil en el avance efectivo de la lucha por los derechos humanos de las personas pobres.

¿CUÁL ES LA METODOLOGÍA?

Después de una amplia consulta entre más de 200 ONG de todo el mundo, se ha identificado una selección de prácticas que han demostrado ser válidas en la erradicación de la pobreza, y que se han integrado como cuadros de texto. Además, se ha sistematizado una selección de ejemplos de jurisprudencia por cada derecho humano, de manera que se puedan estudiar junto con las estrategias, para garantizar una realización progresiva del derecho en cuestión. En este sentido, este manual pedagógico se centra en los principales derechos ESC — que son inseparables de la dignidad humana y fundamentales para la erradicación de la pobreza. En otras palabras, el derecho a una alimentación adecuada, una vivienda apropiada, la educación, la mejor salud posible y el acceso al agua potable y el saneamiento. También propone avances en la definición del derecho a beneficiarse del progreso científico y sus aplicaciones.

Los casos incluidos en este manual revelan el activismo de los tribunales en la protección de los derechos humanos de los grupos más marginados y vulnerables de la sociedad, incluidos la infancia, las personas mayores, con discapacidad, migrantes, los grupos indígenas y las minorías. Cada capítulo incluye a las mujeres y a la juventud como agentes preferentes de cambio social. La selección de casos sobre derechos ESC citados en el texto ha proporcionado elementos funda-

mentales y cruciales en la lucha contra la pobreza y ha empoderado comunidades en su combate contra la misma.

Los principios de **no discriminación** y de **protección igualitaria** están presentes a lo largo de la presente publicación como obligaciones indispensables de “efecto inmediato”, ya que son intrínsecos a los procesos de distribución del poder, autoridad, aptitudes y capacidad de respuesta dentro de la sociedad. También se destacan las cuestiones de género como un componente vital que debe incorporarse a toda acción, programa o estrategia para combatir la pobreza. La perspectiva de género incrementa la sensibilización de cualquier intervención y centra la atención en un cambio de comportamiento en las sociedades.

Los tres capítulos introductorios sirven de material de referencia que las organizaciones de base y los profesionales pueden analizar y aplicar en acciones concretas, orientadas a las áreas programáticas específicas de los subcapítulos.

El presente manual es una herramienta cuyo objetivo es contribuir al debate sobre las mejores formas de erradicar la pobreza extrema y sobre cómo sumar todos los esfuerzos en la lucha contra este mal. La conceptualización y clarificación del contenido de la pobreza a través de los derechos humanos es sólo un primer paso para contribuir a este debate. Se deben desarrollar otros medios, como el diseño de políticas públicas específicas y no excluyentes, o la elaboración de mecanismos para mejorar la medición y el control – indicadores e índices- a fin de crear un fuerte impacto que rescate a las personas de la marginación. Por lo tanto, este manual deberá tomarse como un primer esfuerzo en esta investigación.

Angela Melo

Directora

Sector de Ciencias Sociales y Humanas

Maritza Formisano

Asesora de la UNESCO

CÓMO UTILIZAR ESTE MANUAL

Este manual comprende tres capítulos y seis subcapítulos.

► **El Capítulo 1 “Pobreza y derechos humanos”** desarrolla el marco conceptual de la noción de pobreza y lo vincula con los conceptos de capacidades y vulnerabilidad, así como con los derechos humanos. Presenta algunos ejemplos de programas de transferencia de efectivo (CTP) y de leyes relacionadas con ellos, a fin de apoyar lo que llamamos “normalización” de la pobreza.

► **El Capítulo 2 “El papel de la defensa en justicia en la lucha contra la pobreza”** está dedicado exclusivamente a clarificar la defensa en justicia y los retos de la misma como herramienta de transformación social y de integración de las personas más vulnerables. Este capítulo presenta la “defensa en justicia” como uno de los pasos de una estrategia holística para superar la pobreza. Defiende el papel de los y las jueces como garantes de los derechos y libertades de los miembros más invisibles de la sociedad.

► **El Capítulo 3 “Aclaraciones conceptuales sobre los derechos económicos, sociales y culturales”** desarrolla, en términos generales, la noción de obligación en dos sentidos: presenta las obligaciones básicas de los derechos ESC y las obligaciones estatales relacionadas (a saber, respetar, proteger y cumplir). Esta comprensión general de las obligaciones viene apoyada por jurisprudencia y actividades de ONG que demuestran cómo relacionar las acciones políticas de las organizaciones de base con estándares derivados de sentencias judiciales.

► **Los subcapítulos** incluidos en este manual tienen relación con el *derecho a la educación, una alimentación adecuada, una vivienda apropiada, agua potable y saneamiento, el derecho a disfrutar del nivel de salud física y mental más alto posible y el derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones*. Cada subcapítulo aplica las nociones de obligaciones básicas y obligaciones estatales a cada derecho, y proporciona ejemplos ilustrativos de la jurisprudencia con el fin de presentar estándares comparativos para la protección de las personas más vulnerables y el respeto de su dignidad humana.

A lo largo de esta publicación, encontrará información contenida en dos tipos de cuadros:



Los cuadros de texto grises proporcionan ejemplos de referencia de jurisprudencia comparada que han aportado organismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales y que han contribuido a la clarificación e implementación de los derechos ESC, así como información conceptual complementaria sobre cuestiones básicas con la finalidad de mejorar su comprensión.



Los cuadros de texto amarillos ilustran actividades de ONG así como iniciativas de orientación política tomadas por otros agentes, gobiernos incluidos, que trabajan para erradicar la pobreza a nivel nacional y local.

Cada capítulo incluye ejercicios prácticos que refuerzan el material presentado. Estos ejercicios animan al lector o lectora a dar un paso más aplicando el material a su propia experiencia.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PRÓLOGO	5
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I. POBREZA Y DERECHOS HUMANOS.....	15
1. Cómo definir el concepto de pobreza.....	15
2. La pobreza como violación de los derechos humanos	16
a. La pobreza en el Sistema de la ONU	17
b. Un modelo de ley para luchar contra la pobreza.....	18
c. Proyecto de Ley 112 de Quebec	19
d. Los Programas de Transferencia de Efectivo (CTP) como políticas sociales no excluyentes	20
3. Cómo traducir los ODM en derechos	21
4. Cómo incorporar el género a las agendas de la pobreza	23
5. Cómo dar prioridad a los grupos vulnerables	23
a. La infancia	24
b. La juventud	24
c. Las personas mayores	24
d. Las personas con discapacidad	24
e. Las personas con VIH-SIDA	25
f. Las personas migrantes	25
g. Las personas desplazadas	25
h. Personas indígenas.....	26
i. Lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT).....	26
CAPÍTULO II. EL PAPEL DE LA DEFENSA EN JUSTICIA EN LA LUCHA CONTRA LA POBREZA	27
1. Cómo definir el concepto de defensa en justicia	27
2. Marcos nacionales para la defensa en justicia de los derechos ESC	28
3. El papel de los y las jueces en el avance de los derechos ESC	29
4. Correlaciones entre defensa en justicia y justicia social: hacia un constitucionalismo transformador	31
a. La defensa en justicia y su aporte al auxilio de las personas y al asentamiento de bases para la no discriminación y el reconocimiento	31
b. La defensa en justicia y su aporte al auxilio de las personas más vulnerables mediante la redistribución de bienes	32
c. La defensa en justicia como transformadora de la realidad de los grupos que requieren una atención especial	33
5. ¿Cuál es el papel de las ONG en el avance de la defensa en justicia?	34
CAPÍTULO III. ACLARACIONES CONCEPTUALES SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES....	37
1. Los derechos ESC y los derechos civiles y políticos en la lucha contra la pobreza.....	37
2. Obligaciones de los Estados.....	38
a. Obligación de respetar	39
b. Obligación de proteger.....	40
c. Obligación de cumplir.....	40
3. Los deberes de efecto inmediato: la no discriminación y la protección igualitaria.....	41
4. Enfoque básico mínimo sobre los derechos ESC.....	43
5. ¿Realización progresiva de los derechos ESC? ¿Cómo medir la realización progresiva de los derechos ESC?	43
6. La prohibición de medidas regresivas	45
7. Cláusula de máximos recursos disponibles	45

CAPÍTULO IV. PALIAR LA POBREZA GARANTIZANDO EL DISFRUTE DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (DESC)..... 47

SUBCAPÍTULOS

El Derecho a la Educación	47
1. Definición del derecho a la educación.....	47
2. Contexto normativo del derecho a la educación.....	48
a. El Sistema de las 4A.....	48
b. La realización progresiva del derecho a la educación.....	50
c. No discriminación y protección igualitaria.....	51
La educación sin discriminación por motivo de raza.....	51
La educación y nacionalidad.....	51
La educación sin discriminación por motivo de género.....	51
La educación de las minorías.....	52
La infancia con discapacidad.....	52
La educación en situaciones de conflicto.....	52
La educación de las personas en pobreza.....	52
La igualdad de oportunidades.....	52
3. Derechos Humanos y Estrategias para la Educación para Todos.....	53
4. Educación en derechos humanos.....	54
5. Estrategias de defensa en justicia.....	56
El derecho a una alimentación adecuada	57
1. Definición/es del derecho a una alimentación (adecuada) ¹	57
2. Obligaciones de los Estados derivadas del derecho a la alimentación.....	59
3. Obligaciones básicas derivadas del derecho a la alimentación.....	60
4. Deberes de protección igualitaria y no discriminación.....	61
5. Directrices voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional.....	62
6. Cómo desarrollar marcos legislativos que reconozcan e implementen el derecho a la alimentación.....	63
7. Estrategias de defensa en justicia.....	64
El derecho a una vivienda apropiada	65
1. Definición del derecho a una vivienda (apropiada).....	65
2. Mejoras Nacionales en la definición del derecho a una vivienda apropiada.....	66
3. Obligaciones básicas mínimas relacionadas con el derecho a una vivienda apropiada.....	67
4. Obligaciones de los Estados relacionadas con el derecho a la vivienda.....	68
5. Desalojos forzados.....	70
6. Deberes de protección igualitaria y no discriminación.....	74
7. El papel de las ONG en el avance del derecho a la vivienda.....	75

1. En este documento nos referimos indistintamente al derecho a la alimentación y al derecho a una alimentación adecuada, conforme a la interpretación que proporciona el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General n°12. Según esta definición, el derecho a la alimentación incluye la idoneidad y sostenibilidad de la disponibilidad y el acceso a la alimentación.

El derecho a disfrutar del nivel de salud física y mental más alto posible	77
1. Definición del derecho a disfrutar del nivel de salud física y mental más alto posible.....	77
2. Obligaciones básicas.....	78
3. Deberes de protección igualitaria y no discriminación.....	80
4. La salud de las mujeres.....	80
5. La realización progresiva.....	80
6. Obligaciones de los Estados.....	81
7. Protección específica de grupos marginados y vulnerables.....	82
a. La infancia.....	82
b. Las personas con discapacidad.....	83
c. VIH-SIDA.....	83
d. Las personas mayores.....	84
e. Las personas migrantes.....	84
f. Las personas desplazadas.....	85
8. Estrategias de defensa en justicia.....	85
El derecho al agua potable y el saneamiento	87
1. Evolución del derecho al agua potable y el saneamiento.....	87
2. Contenido normativo.....	88
3. Las obligaciones de los Estados.....	91
4. Deberes de protección igualitaria, no discriminación y atención especial a grupos vulnerables y marginados.....	93
5. Límites al derecho al agua potable y el saneamiento.....	94
6. Estrategias de defensa en justicia.....	95
El derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones	97
1. Definición del derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones.....	97
2. Contenido normativo.....	99
a. La realización progresiva.....	99
b. La ciencia y los principios de los derechos humanos.....	99
c. Integración de los derechos humanos en la estrategia de la ciencia.....	100
3. Obligaciones básicas.....	101
4. La relación de este derecho con otros derechos humanos.....	103
5. Estrategias de defensa en justicia.....	105
ANEXOS	107
● Protocolo Opcional del PIDESC.....	107
● Formulario de envío a la UNESCO para profesionales y ONG que quieran completar, añadir o actualizar información.....	113

Capítulo I: Pobreza y derechos humanos

– 15 –

1. Cómo definir el concepto de pobreza

– 16 –

2. La pobreza como violación de los derechos humanos

- a. La pobreza en el Sistema de la ONU
- b. Un modelo de ley para luchar contra la pobreza
- c. Proyecto de Ley 112 de Quebec
- d. Los Programas de Transferencia de Efectivo (CTP) como políticas sociales no excluyentes

– 21 –

3. Cómo traducir los ODM en derechos

– 23 –

4. Cómo incorporar el género a las agendas de la pobreza

5. Cómo dar prioridad a los grupos vulnerables

- a. La infancia
- b. La juventud
- c. Las personas mayores
- d. Las personas con discapacidad
- e. Las personas con VIH-SIDA
- f. Las personas migrantes
- g. Las personas desplazadas
- h. Las personas indígenas
- i. Lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT)

CAPÍTULO I: POBREZA Y DERECHOS HUMANOS



1. CÓMO DEFINIR EL CONCEPTO DE POBREZA

1] El concepto de pobreza ha evolucionado en los últimos años. Hoy en día, la pobreza no se refiere sólo a la falta de recursos para vivir una vida dignamente, sino también al concepto de **capacidades**, que se ha desarrollado ampliamente bajo la influencia del “enfoque de las capacidades” de Amartya Sen.¹ Este enfoque presenta una definición de pobreza como concepto dinámico junto a una serie de directrices para el desarrollo de políticas que abarquen un **enfoque multidimensional**.

2] Así, la pobreza está estrechamente vinculada a la noción de **vulnerabilidad** y a la necesidad de proporcionar herramientas a las personas pobres centrándose en sus bienes. Estos bienes les dan poder para salir de la pobreza y cambiar las normas de poder en la sociedad. De esta forma, el concepto de pobreza no está necesariamente separado de su contenido económico o político, antes bien, queda completado.

3] También está vinculado a la noción de **dignidad** en cuanto que tiene relación con el bienestar de una persona y con aquello que dicha persona puede o no puede hacer. Consecuentemente, también está relacionado con la **libertad de oportunidades** necesaria para conseguir este bienestar.² Como tales, los bienes se consideran la base del poder de los y las “agentes” para actuar y reproducir, desafiar o cambiar las normas que gobiernan el control, uso y transformación de los recursos.

4] La pobreza, tal y como la concibe la oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH) en el *Proyecto de Directrices sobre Derechos Humanos y Estrategias de Reducción de la Pobreza* puede además vincularse a “la alimentación adecuada, la protección contra la morbilidad y la mortalidad pre-

matura prevenibles, la vivienda apropiada, la educación básica, la seguridad personal, el acceso equitativo a la justicia, la posibilidad de vivir con dignidad, de ganarse la vida y de participar en la vida comunitaria”.³ En palabras del Alto Comisionado, “es más probable que las políticas para combatir la pobreza que se basan en las normas internacionales de derechos humanos sean eficaces, sostenibles, no excluyentes, equitativas y significativas para las personas que viven en la pobreza”.⁴

5] La UNESCO ha desarrollado conceptualmente este enfoque multidimensional de la pobreza en la colección “Freedom from Poverty as a Human Right” (La Libertad de la Pobreza como Derecho Humano). Esta colección comprende cuatro volúmenes⁵ que definen los enfoques filosófico, económico, político y legal de la pobreza.

En este sentido, y en relación con el debate filosófico, el **primer volumen** desarrolla la naturaleza y las relaciones entre derechos humanos, justicia, deberes y obligaciones positivas y negativas, instituciones sociales, solidaridad, dignidad, causalidad, daño, identidad y responsabilidad colectiva. Clarifica estos conceptos de cara a crear un consenso moral dentro de la sociedad sobre el derecho a no ser pobre.

El **segundo volumen** aborda conceptos como la necesidad de una teoría global sobre la justicia, la ética de la distribución, la necesidad de definir prioridades entre las actividades que se llevan a cabo para erradicar la pobreza, la llamada a evaluar nuestras estructuras, instituciones y políticas sociales, políticas y económicas y el papel de los tribunales y las constituciones en la aplicación forzosa de los derechos económicos y sociales. Este volumen examina la puesta en práctica de las teorías sobre justicia y derechos humanos.

El **tercer volumen** explora las elecciones y prioridades eco-

1. Elaborado y ampliado en la obra de Amartya Sen. Véase: *Desarrollo y libertad*, Editorial Planeta, 2000; *Nuevo Examen de la Desigualdad*, Nuevo Examen de la Desigualdad. Alianza Editorial, 1995; *Comodities and capabilities (Productos Básicos y Capacidades)*, Oxford, Oxford University Press, 1987; *Poverty and Famines: An Essay on Entitlements and Deprivation (Pobreza y Hambruna: Un Ensayo sobre el Derecho y la Privación)*, Oxford, Clarendon Press, 1982.

2. Véase OACDH, *Los Derechos Humanos y la Reducción de la Pobreza: un marco conceptual*, 2004, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/issues/poverty/docs/poverty5.pdf> (accesible desde el 7 de agosto de 2009) y *Principios y Directrices de la OACDH para la Integración de los Derechos Humanos en las Estrategias de Reducción de la Pobreza*, disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/PovertyStrategiessp.pdf> (accesible desde el 7 de agosto de 2009).

3. Véase el *Proyecto de la OACDH de Directrices sobre Derechos Humanos y Estrategias de Reducción de la Pobreza*, párr. 46.

4. La Pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: declaración aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 4 de mayo de 2001 (E/C.12/2001/10), párr. 13.

5. Véase la colección de la UNESCO *Freedom from Poverty as a Human Right (La Libertad de la Pobreza como Derecho Humano)*, Publicaciones de la UNESCO, 2010: Vol. 1 *Quién le Debe Qué a las Personas Más Pobres* (editado por Thomas Pogge); Vol. 2 *Teoría y Política* (editado por Thomas Pogge); Vol. 3 *Perspectiva Económica* (editado por A. Sengupta, S. Marks y B. Andreassen); y Vol. 4 *La Obligación de la Ley para con las Personas Pobres* (editado por G. Van Bueren).

nómicas y la promoción y protección de estándares normativos. Este volumen reúne las contribuciones de destacados economistas y científicos sociales que aplican sus modelos de análisis particulares al tratamiento de la pobreza.

El **cuarto volumen** engloba nociones cruciales como las de transformación social, democracia, aplicación forzosa por vía judicial y derechos humanos como práctica legal actual. También contempla cómo el derecho a no ser pobre podría incluirse dentro del derecho más amplio a la igualdad. Finalmente, busca clarificar el alcance de las obligaciones de los Estados que se derivan de los marcos de derechos humanos de cara a crear nuevas oportunidades para atajar la pobreza sistémica.

2. LA POBREZA COMO VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

6] Si se enfoca la pobreza como una violación de los derechos humanos, ésta se convierte en un imperativo ineludible. De hecho, los derechos humanos proporcionan un marco para la erradicación de la pobreza de muchas maneras. La pobreza es, al mismo tiempo **causa y consecuencia de las violaciones de los derechos humanos: causa** porque las personas pobres permanecen invisibles y, así, alejadas de los intentos de ayudarles a reclamar sus derechos, y porque las manifestaciones de la pobreza son el hambre, la carencia de hogar y el analfabetismo, entre otras muchas; **consecuencia** porque la pobreza puede derivarse de una acción u omisión, es decir, una violación de un derecho humano, como por ejemplo, la ausencia de acceso a los recursos sanitarios básicos o el desalojo forzado. En otras palabras, la pobreza refleja una violación de derechos humanos allí donde las personas pobres se ven privadas del disfrute de dichos derechos, o sencillamente no tienen derechos de ningún tipo. Por lo tanto, y en consecuencia, es una violación de su dignidad humana.

7] Pero no todas las privaciones (carencia de vivienda, alimentación o educación, etc.) reflejan una condición o situación de pobreza. No obstante, una situación inhumana prolongada puede llevar a o exacerbar la pobreza. Por esta razón, la lucha contra la pobreza requiere tomar acciones que eviten dicha privación sostenida. El reto será, por lo tanto, vincular a quienes estén privados de poder con el potencial empoderador de los derechos humanos para aportar nuevos mecanismos de apoyo a la erradicación de la pobreza. Como ya subrayó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (en adelante denominado Comité de Derechos ESC, el Comité o CESCR) en la *Declaración Relativa a la Pobreza* (2001), “aunque los derechos humanos no son una panacea, pueden contribuir a equilibrar la distribución y el ejercicio del poder dentro de las sociedades y entre ellas”.⁶

8] Así, los derechos humanos y la pobreza están **interrelacionados**. La pobreza y los derechos humanos no son parte de la misma definición sino que son elementos de la misma

lucha: cuando se combate la pobreza y la pobreza extrema, avanzamos en la protección y la promoción de los derechos humanos y viceversa. Puesto que los déficits en derechos humanos se concentran hoy en día entre las personas pobres, la presente estrategia ya no percibe la pobreza en términos de ingresos o de caridad, antes bien en términos de privación de capacidades y ausencia de empoderamiento – y por consiguiente, como negación y subsiguiente violación de los derechos humanos.

9] La **interdependencia** y la **indivisibilidad**⁷ de todos los derechos son absolutamente esenciales para la erradicación de la pobreza. La **interdependencia** tiene dos aspectos: la sinergia existente para el individuo entre la protección de dos derechos diferentes y la necesidad de equilibrar dichos derechos. La **indivisibilidad** también tiene dos significados: hace referencia a la universalidad de los derechos humanos – todos los derechos humanos existen en un plano de igualdad y tienen el mismo énfasis – y al papel necesario del Estado en la implementación de todos los derechos humanos para cada miembro de la sociedad y en la consideración de sus expectativas.⁸ Por lo tanto, sólo la indivisibilidad puede reforzar y legitimar la universalidad.

10] En este contexto, y en relación con el derecho a una alimentación adecuada, el Comité de la ONU de Derechos ESC declaró que: “el derecho a una alimentación adecuada está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente del ser humano y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos. Es también inseparable de la justicia social, pues requiere la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales adecuadas, en los planos nacional e internacional, orientadas a la erradicación de la pobreza y al disfrute de todos los derechos humanos por todos.”⁹ La lucha contra la pobreza requiere soluciones holísticas, y los derechos ESC tienen el potencial de empoderar a las personas y comunidades que viven en pobreza.

11] La aplicación de la perspectiva de los derechos humanos a la pobreza también establece una relación entre estrategias de lucha y reducción de la pobreza y el marco general de los derechos humanos y sus subsiguientes **obligaciones y responsabilidades legales**. El marco de los derechos humanos ofrece a las estrategias contra la pobreza un parámetro concreto a la hora de proporcionar **recursos legales y medir el cumplimiento del Estado** con sus obligaciones derivadas de los derechos humanos internacionales

12] Además, una política “orientada hacia los derechos humanos” implica que los Estados tienen que tener en cuenta el marco completo de los derechos humanos a la hora de definir una política para combatir la pobreza. De hecho, el Estado se aseguraría así de que las obligaciones y responsabilidades derivadas del marco de los derechos humanos estuvieran incluidas en el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas para luchar contra la pobreza. En este sen-

7. Véase el párr. 5 de la Declaración de Viena.

8. Véase A. Eide, *Interdependence and indivisibility of human rights (Interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos)*, en Y. Donders y V. Volodin (eds) *Human Rights in Education, Science and Culture legal Developments and Challenges (Los Derechos Humanos en la Educación, la Ciencia y la Cultura, Desarrollos y Desafíos)*, UNESCO 2007, pág. 11-51.

9. Véase la Observación General n°12.

6. Véase la “Declaración Relativa a la Pobreza” del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la 3ª Conferencia de la ONU sobre los Países Menos Adelantados de 2001, párr. 6. Disponible en: http://unctad.org/es/Docs/aconf191_l20.sp.pdf. Véase el documento E/C.12/2001/10 “La Pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

tido, la lucha contra la pobreza se convierte en un objetivo dentro de un proceso global, cuyos resultados concretos no pueden medirse sólo con indicadores cuantitativos. Así, aquellas políticas públicas congruentes con los derechos humanos serán más sostenibles, respetarán el principio de participación igualitaria y serán menos excluyentes (por ejemplo, una evaluación de los derechos humanos).

En los casos *Kearney y Ors contra Bramalea Ltd y Ors, Junta de Investigación, Código de Derechos Humanos de Ontario, de 2000* relacionados con las reclamaciones de tres mujeres de ingresos bajos a las que se les denegaba el acceso a las viviendas de alquiler disponibles, la Comisión de Derechos Humanos de Ontario tomó una decisión basándose en el concepto de pobreza como un motivo real de discriminación. El Tribunal dictaminó que la regulación de los mercados debería ir en consonancia con las obligaciones de los derechos humanos internacionales, y en particular, con el acceso a vivienda. El tribunal dictaminó claramente que no es permisible que los gobiernos nieguen el alquiler a familias de ingresos bajos.

En el caso de la *Campaña por la Equidad Fiscal contra el Estado de Nueva York et al*¹, el Estado no planificó ni implementó una reforma del sistema de financiación de los centros escolares públicos que era necesaria. No se cumplía la política pública relativa a la educación y la Corte de Nueva York ordenó que se realizara una dotación adicional de 5.600 millones de dólares para los gastos anuales de funcionamiento durante cuatro años con el fin de garantizar que el alumnado de los centros escolares públicos tuviera la oportunidad de recibir una educación básica sólida. También ordenó que realizara una aportación adicional de fondos de 9.200 millones de dólares a lo largo de cinco años destinados a proyectos de capital. Esta decisión fue confirmada en la apelación, ordenándose a la legislatura que proporcionara a los centros escolares de la ciudad de Nueva York entre 4.700 y 5.630 millones de dólares en ayudas al funcionamiento y 9.200 millones en fondos de capital antes del 1 de abril de 2006. El Acuerdo Presupuestario del Estado de Nueva York de 2006 supone un avance significativo a la hora de garantizar las reformas ordenadas por los tribunales en relación a los fondos de capital pero asigna menos de un décimo de lo que los tribunales requerían como aumento de la ayuda al funcionamiento.

1. 719 N.Y.S.2d 475.

13] Los derechos humanos proporcionan un marco normativo en el que se empodera a **grupos vulnerables** y se los reconoce como **agentes principales** y sujetos de derecho. No se perciben simplemente como víctimas. El empoderamiento de las personas pobres desarrolla otra dimensión de pobreza, ya que "empoderamiento es la expansión de bienes y capacidades de los pobres para participar en, negociar con, influir sobre, verificar y hacer responsables a las instituciones que afectan su vida".¹⁰ En este sentido, la participación de las personas pobres ofrece ejemplos de cómo resolver casos concretos de privación de los bienes mínimos, que de hecho puede traducirse en violación de los derechos humanos.

14] Las personas pobres se convierten en parte activa del diseño, implementación, evaluación y verificación de las políticas públicas. También tienen **derecho a participar** en los

procesos legislativos, y deberían tomar parte en las propuestas que definirán la estrategia de lucha contra la pobreza. La participación empodera su libertad para definir o modificar la norma o la política que les concierne. Por lo tanto, la participación está vinculada al disfrute y la indivisibilidad de los derechos humanos e incluye la implicación en el debate y el diálogo público, así como D. Narayan (ed.) Empoderamiento y reducción de la pobreza. Libro de consulta, Banco Mundial, 2002, pág. xviii, pág. 235. les proporciona la información necesaria y oportunidades efectivas para contribuir.¹¹

En el caso *Doctors for Life International contra el Presidente de la Asamblea Nacional y otros*,¹ el Tribunal Constitucional de Sudáfrica subrayó la importante cuestión del papel de la comunidad en el proceso legislativo y declaró que su implicación "mejora la dignidad cívica de aquellos que participan al permitir que sus voces se escuchen y se tengan en cuenta. Promueve un espíritu de acuerdo democrático y pluralista pensado para producir leyes con mayor probabilidad de ser ampliamente aceptadas y eficaces en la práctica [...] la democracia participativa tiene una especial importancia para aquellos que son relativamente impotentes en un país como el nuestro en el que se dan grandes disparidades de salud e influencia".²

1. CCT (12/05) [2006] BCLR 1399.

2. Op cit, párr. 115.

a. La pobreza en el Sistema de la ONU

15] La pobreza siempre ha sido una cuestión incluida en la agenda de derechos humanos del Sistema de la ONU. El preámbulo de la DUDH declara que todos los seres humanos deberían estar libres de la miseria y continúa estableciendo la pobreza como una cuestión de derechos humanos. En la Conferencia Mundial de Viena, la comunidad internacional señaló que "la generalización de la pobreza extrema inhibe el pleno y eficaz disfrute de los derechos humanos; la comunidad internacional debe seguir dando un alto grado de prioridad a su inmediato alivio y su ulterior eliminación".¹² Desde este momento, la lucha contra la pobreza pasó a ser un objetivo primordial de la comunidad internacional.

16] Éste es el propósito con el que el Secretario General de la ONU ha situado la lucha contra la pobreza como uno de los objetivos principales de la agenda internacional y ha refrendado la definición multidimensional de la pobreza desde la perspectiva de los derechos humanos. Con este fin, el Sistema de la ONU ha desarrollado un marco de referencia para luchar contra la pobreza en el que la misma se considera una violación de los derechos humanos, y ha seguido procurando convertir la pobreza, la aplicación legal y la no exclusión social en prioridades principales.

11. Véase J. Wrezinski, *Culture et grande pauvreté (Cultura y Pobreza Extrema)*, París, Ediciones Quart Monde, 2004, pág. 40. Véase también A. Wrezinski, *Knowledge that leads to action (El conocimiento que conduce a la acción)*, en X. Godinot y Q. Wodon (eds) *Participatory Approaches to Attacking Extreme Poverty Cases Studies Led by the International Movement ATD Fourth World (Estrategias Participativas para Atacar la Pobreza Extrema, Estudio de Casos de Pobreza Llevado a Cabo por el Movimiento Internacional Movimiento Internacional ATD - Cuarto Mundo)*, documento de trabajo n° 77 del Banco Mundial, 2006, disponible en <http://siteresources.worldbank.org/INTRAD/Resources/ParticipatoryApproachesAttackingPoverty.pdf>.

12. Declaración y Programa de Acción de Viena, Artículo 14.

10. D. Narayan (ed.) *Empowerment and poverty reduction. A sourcebook*, World Bank, 2002, p. xviii, p. 235.

17] La comunidad internacional adoptó en el año 2000 la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas y definió los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), que identificaban la cuestión de la pobreza extrema como objetivo principal, recordando a la comunidad internacional y a las Agencias de la ONU su deber de desarrollar estándares sobre las obligaciones de los Estados derivadas de la integración de los derechos humanos en las estrategias para la erradicación de la pobreza: “No escatimaremos esfuerzos para liberar a nuestros semejantes, hombres, mujeres y niños de las condiciones abyectas y deshumanizadoras de la pobreza extrema, a la que en la actualidad están sometidos más de mil millones de seres humanos. Estamos empeñados en hacer realidad para todos ellos el derecho al desarrollo y a poner a toda la especie humana al abrigo de la necesidad.” El ODM n° 1 es “erradicar la pobreza y el hambre”.¹³

18] La Resolución 63/142 de la ONU (5 de marzo de 2009) solicitaba expresamente a las Agencias de la ONU que apoyaran las estrategias nacionales compartiendo buenas prácticas en el campo de la pobreza y el empoderamiento legal de las personas pobres. Con vistas a reforzar la cooperación internacional para alcanzar los ODM, la ONU ha lanzado dos Decenios para la Erradicación de la Pobreza: el primero con la Resolución de la ONU A/62/267, titulada “Actividades del Primer Decenio de las Naciones Unidas para la Erradicación de la Pobreza (1997–2006)”, y el segundo con la Resolución de la ONU A/63/190, titulada “Actividades del Segundo Decenio de las Naciones Unidas para la Erradicación de la Pobreza 2009–2017” (que subraya cómo el establecimiento de planes nacionales basados en objetivos tangibles es un paso decisivo para darle la prioridad debida a la erradicación de la pobreza).¹⁴

19] En su informe¹⁵ relativo a la Observancia del Día Internacional para la Erradicación de la Pobreza, el Secretario General subrayó la necesidad de la movilización social y recalcó que la pobreza es una violación de los derechos humanos:

El hecho de que la pobreza persista en muchas partes del mundo indica no sólo que existe una distribución no equitativa de las oportunidades económicas, sociales y políticas, sino que también se violan los derechos humanos. Frecuentemente el hecho de vivir en la pobreza afecta también a la capacidad de las personas, las familias y los grupos más vulnerables y desfavorecidos de defender sus derechos y funciones. Así pues, la violación de los derechos humanos es tanto una causa como una consecuencia de la pobreza. Habida cuenta de su condición, las personas que viven en la pobreza no están empoderadas y sí excluidas de la sociedad, al tiempo que su

capacidad de asegurarse el disfrute de sus propios derechos está sumamente limitada a causa de su situación.¹⁶

20] Aunque el PIDESC –que recoge la DUDH– no menciona explícitamente la pobreza mundial, sí declara que el disfrute de los derechos ESC es condición previa para la libertad y la dignidad. Por este motivo, subraya la indivisibilidad de todos los derechos humanos y su conectividad y efectos en todo lo relativo a la erradicación de la pobreza.

21] El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha ido avanzando en el desarrollo de este enfoque de la pobreza como violación de los derechos humanos en los últimos años, habiendo refrendado la definición pluridimensional de la pobreza desde la perspectiva de los derechos humanos. En sus Observaciones Generales ha proporcionado orientación y desarrollado estándares, centrándose en la obligación concreta de los Estados Miembros de actuar en caso de presuntas situaciones de privación.¹⁷

22] El Comité define la pobreza¹⁸ “como una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales”.¹⁹ Resumiendo, según la visión del Comité, “la pobreza constituye una negación de los derechos humanos”.²⁰ La UNESCO ha dado un paso más al declarar que la pobreza es una *violación* de los derechos humanos y, como tal, debe considerarse *ilegal* conforme al derecho internacional.

23] Finalmente, a nivel regional, la Carta Social Europea de 1996 (revisada), que prescribe en su Artículo 30 un “derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social”, supone un paso importante hacia una *normatización* concreta de la pobreza como derecho humano y urge de forma concreta a los Estados partes “a tomar medidas dentro del marco de una estrategia general y coordinada para promover el acceso efectivo de aquellas personas que viven o corren el riesgo de vivir en una situación de exclusión social o pobreza, así como de sus familias, al empleo, la vivienda, la formación, la educación, la cultura y la asistencia social y médica en particular”. Es importante subrayar que la Carta Social Europea revisada incluye el derecho a la protección contra la pobreza en la Parte II del Capítulo, en el que se presenta una lista de derechos ESC y las obligaciones relacionadas que conlleva su realización plena.

13. Véase la Campaña de la ONU para Erradicar la Pobreza para 2015 en <http://www.endpoverty2015.org/es>. Esta campaña se centra en la consecución de los ocho ODM para 2015.

14. Para una comprensión general de la evolución de las Resoluciones e informes sobre pobreza de la ONU y su relación con los derechos humanos, véanse los documentos: A/RES/47/196 de 1992 y A/RES/28/183 de 1993 sobre la observancia de un día internacional para la erradicación de la pobreza; A/RES/52/134 de 1998 sobre la cooperación internacional en el campo de los derechos humanos. Véase también la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1996/23 en la que se adopta el *Informe Final sobre los Derechos Humanos y la Extrema Pobreza*, presentado por el Relator Especial Leandro Despouy (E/CN.4/Sub.2/1996/13) y la resolución 2005/16 del 14 de abril de 2005; así como los informes de expertos y expertas independientes encargados/as de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, la Sra. Lizin y el Sr. Sengupta (especialmente E/CN.4/2004/43, E/CN.4/2005/49 y E/CN.4/2006/43) y los *Principios y Directrices de la OACDH para la Integración de los Derechos Humanos en las Estrategias de Reducción de la Pobreza*, entre otros.

15. Documento A/61/308 párr. 4–16 disponible en: <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/61/308>

16. Op. cit, párr. 6.

17. La UNESCO ha desarrollado varias publicaciones relacionadas con dichas estrategias. Todos los artículos están disponibles en: http://portal.unesco.org/shs/fr/ev.php-URL_ID=5149&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=465.html. Véase también la publicación *Freedom from Poverty as a Human Right (La Libertad de la Pobreza como Derecho Humano)*, Vol I al IV, que desarrollan los enfoques multidimensionales de la pobreza.

18. Consulta de la UNESCO, nota 7 ut supra, en 2.

19. CESCR, Declaración Relativa a la Pobreza, nota 40 ut supra, ¶ 8.

20. Ibid. en ¶ 1.

b. Un modelo de ley para luchar contra la pobreza

24] A nivel nacional, se han presentado propuestas para redactar un borrador de ley modelo para combatir la pobreza que incluya las obligaciones internacionales que deberían respetar los Estados. De hecho, basándose en las experiencias de la ONU, algunos países han visto en este esquema una cierta **normatización de la lucha contra la pobreza**.²¹

25] Algunos ejemplos de *normatization* concreta incluyen una ley modelo para combatir la discriminación, o el modelo ONUSIDA de lucha contra el VIH-SIDA, que han inspirado la creación de modelos de ley con la finalidad de orientar a los miembros de los parlamentos en la erradicación de la pobreza. En lo que respecta a la cuestión del VIH-SIDA, por ejemplo, ONUSIDA y la OACDH han publicado las Directrices Internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos,²² cuyo objetivo es mejorar la capacidad de coordinación multisectorial y la obligación de los gobiernos de rendir cuentas, prestar apoyo a las reformas legales, empoderar a grupos marginados y aumentar la participación de la comunidad en su conjunto en la lucha contra el VIH-SIDA. Este modelo ha inspirado iniciativas nacionales de lucha contra el VIH-SIDA, jugando un papel notable en la elaboración de las leyes nacionales de Benin, Togo, Mali, Sierra Leona y Nigeria entre otras, que siguen los estándares de las propuestas de ONUSIDA²³

26] El Comité de derechos ESC ha presentado los elementos básicos que deben incluirse a la hora de elaborar una ley marco sobre el derecho a la alimentación y el derecho a la salud. En su Observación General n° 12 referente al derecho a una alimentación adecuada, el Comité ha declarado que “los Estados deben considerar la posibilidad de aprobar una ley marco como instrumento básico de aplicación de la estrategia nacional para el derecho a la alimentación”. En este sentido, el Comité ha definido incluso los elementos o directrices de dicha ley marco: (1) disposiciones sobre el fin pretendido; (2) las metas u objetivos que deben lograrse y el marco temporal que se fijará para lograr estos objetivos; y (3) los medios para conseguir dichos objetivos. Subraya la importancia de la colaboración con la sociedad civil y el sector privado para conseguirlo, así como con las organizaciones internacionales para conseguir que el proceso avance. El capítulo de este manual relacionado con el derecho a una alimentación adecuada proporciona información sobre esta cuestión.

En lo que respecta al derecho a la salud, se hace la misma petición. El Comité solicita a los Estados que “consideren la posibilidad de adoptar una ley marco para dar efectividad a su derecho a una estrategia nacional de salud. La ley marco debe establecer mecanismos nacionales de vigilancia de la aplicación de las estrategias y planes de acción nacionales de salud.”²⁴ El Comité también define los elementos básicos de esta ley marco de la siguiente manera: (1) objetivos que

deben alcanzarse; (2) plazos necesarios para ello; (3) medios para alcanzar las cotas de referencia; (4) cooperación con la sociedad civil; (5) responsabilidad institucional; y (6) procedimientos de apelación. Los Estados también tienen la obligación de verificar la implementación del derecho y de identificar los obstáculos que les impidan respetar sus obligaciones.

c. Proyecto de Ley 112 de Quebec²⁵

28] Quebec ha iniciado un esfuerzo único, colectivo y participativo con la creación de la **Ley de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social (Proyecto de Ley 112)**, gracias a la iniciativa de la Federación de Mujeres de Quebec Marcha Pan y Rosas, con motivo de la Marcha Pan y Rosas celebrada en junio de 1995. El borrador de esta ley se ha elaborado de abajo arriba, arrancando de una iniciativa de una comunidad amplia de ONG y agentes sociales plurales. El Proyecto de Ley 112 interviene sobre las causas de la pobreza antes que sobre sus efectos.

29] Esta Ley crea: (1) una estrategia nacional para combatir la exclusión social, (2) un fondo para apoyar iniciativas sociales; (3) un observatorio de seguimiento de la reducción de la pobreza; y (4) un comité asesor en temas de prevención de la pobreza y la exclusión social.

30] Además, identifica cinco áreas de acción: (1) promoción del acceso a la educación y apoyo a la capacitación y el desarrollo de habilidades; (2) mejora de salarios, oportunidades laborales y bienes individuales, y la expansión de las viviendas sociales; (3) mejora del acceso al trabajo y el empleo; (4) mejores oportunidades de implicación de todos los agentes sociales mediante el desarrollo local; y (5) desarrollo de un marco institucional de información, evaluación, rendición de cuentas, participación y coherencia entre todos los niveles de intervención. El Proyecto de Ley 112 institucionaliza la lucha contra la pobreza como prioridad dentro el marco legal y de las políticas públicas.

d. Los programas de transferencia de efectivo como políticas sociales no excluyentes

31] En los últimos años se ha desarrollado una serie de estrategias diferentes para combatir la pobreza que han tenido un impacto directo sobre la realización de los derechos humanos. Estas iniciativas se han llamado **Programas Transferencia de Efectivo (CTP)** y consisten en una transferencia directa de efectivo para aumentar los ingresos de familias pobres.²⁶ Los CTP proporcionan los medios financieros para facilitar el acceso de las personas más vulnerables a bienes básicos como la alimentación, la vivienda o la educación. La Experta Independiente de la ONU encargada de la cuestión de los derechos

21. Véase la elaboración de normas, documento del Centro Internacional de Políticas de Derechos Humanos (ICHRP) http://www.ichrp.org/files/reports/32/120b_report_es.pdf.

22. Véase la versión consolidada de 2006 en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HIV/AIDSGuidelinessp.pdf>.

23. Benin: Ley 2005-31 de 2006; Togo: Ley 2005-012; Mali: Ley 06-28 del 29 de junio de 2008; Sierra Leona: Ley 2007; Nigeria: Ley 2007-08 del 30 de abril de 2007.

24. Véase la Observación General n°14 párr. 56.

25. Para más información sobre la ley, véase: <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=5&file=2002C61A.PDF> y A. Noël, *Documento base: A Law against poverty: Quebec's new approach to combating poverty and social exclusion (Una Ley contra la pobreza: la nueva estrategia de Quebec para combatir la pobreza y la exclusión social)*, Canadian Policy Research Networks (Red Canadiense de Investigación de Políticas) – Family network (Red de Familia), diciembre de 2002. Disponible en: www.pauvrete.qc.ca/IMG/pdf/Noel-A_Law_Against_Poverty.pdf.

26. F. Ariel y S. Norber, *Transferencias monetarias condicionadas: Reduciendo la Pobreza Actual y Futura, Informe de Investigación de Políticas del Banco Mundial*, 2009.

[Campaña para trasladar los ODM a una Ley Modelo para erradicar la pobreza]

Esta campaña se basa en la integración de los derechos humanos en las estrategias para garantizar un desarrollo mínimo para cada ser humano (en lo que respecta a la satisfacción de las necesidades vitales) según lo establecen la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1949, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y está organizada por un consorcio de ONG Norte-Sur, entre las que destacan especialmente los movimientos de mujeres.

Las estrategias basadas en los derechos humanos llaman la atención de los agentes nacionales e internacionales, públicos y privados sobre el hecho de que la no aplicación del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales equivale a la negación de los derechos humanos y equivale a una violación de la dignidad humana.

La ley modelo para la reducción de la pobreza constituirá una fuente de inspiración para aquellos países que deseen adaptarla a las especificidades de sus contextos nacionales, al igual que ocurrió con la ley modelo sobre ETS/VIH/SIDA de 2004 en África del Este y Central.

Esta ley para la reducción de la pobreza será el fruto de un proceso de participación no excluyente (OSC, parlamentos y gobiernos, con el apoyo de agentes internacionales). No se limita a los ODM ni al plazo marcado de 2015. Incluye:

- La noción de pobreza como una violación de los derechos humanos
- El derecho de cada país a determinar su propia vía de desarrollo
- Una adaptación de los ODM a la realidad de cada país que compense los vacíos existentes en dichos ODM (p.ej. la capacidad de producción y la creación de empleo)
- Un mínimo desarrollo humano como derecho de toda persona, así como formas de garantizarlo
- Mecanismos de empobrecimiento y formas de neutralizarlos
- Rendición de cuentas de todos los agentes de desarrollo ante la población
- Los principios de la Declaración de París: apropiación, armonización, alineación, gestión basada en resultados y mutua rendición de cuentas
- La planificación, implementación y seguimiento de procedimientos para planes de acción derivados de la ley para la reducción de la pobreza
- El origen de los medios necesarios para la implementación de la ley
- La composición y las normas de funcionamiento de un organismo no excluyente diseñado para hacer un seguimiento y una evaluación de la ley para la reducción de la pobreza y para supervisar cualquier ajuste futuro.

Para más información o para apoyar la campaña: visite www.aceci.org o contacte con Ginette Karirekinyana, Directora General de ACECI en la dirección: info@aceci.org.

humanos y la extrema pobreza subrayaba el hecho de que se ha reconocido que los CTP son herramientas eficaces de erradicación de la pobreza por su capacidad para reducir desigualdades económicas y romper la transmisión intergeneracional de la pobreza.²⁷

32] Hoy en día se han desarrollado CTP en más de treinta países, especialmente en Asia del Sur, América Latina y África

27. Véase el informe de la experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, Magdalena Sepúlveda Carmona, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, documento A/HRC/11/9 del 27 de marzo de 2009. Véase también Samson, *Tackling Poverty with Social Transfers* (Atajando la Pobreza con Transferencias Sociales), 2007.

y han demostrado tener un impacto sustancial en el apoyo a las familias, especialmente en aquellas con hijos/as, proporcionándoles alimento, acceso a la salud y a una educación sostenible.²⁸ Se han visto ejemplos concretos de aumentos progresivos en los ingresos y reducción de la pobreza en Brasil, mediante el Programa Bolsa Familia, en Zambia, Malawi, Mozambique, Namibia y China.²⁹ Por ejemplo, hay estudios que han demostrado que, sin los CTP que proporcionaba el Programa Bolsa Familia, la pobreza de los hogares brasileños aumentaría un 5,3 por ciento.³⁰ El efecto directo de los CTP está pensado para combatir la pobreza a corto plazo.

El Programa Brasileño “Brasil Sin Miseria” 2011: Un ejemplo de política social no excluyente

“Brasil Sem Miseria” (“Brasil Sin Miseria”) es un Programa Nacional de Paliación de la Pobreza que ha sido puesto en marcha recientemente por el Gobierno de Brasil. Su objetivo es inyectar 13 millones de dólares de los EE.UU. antes de 2014 para empoderar a las familias brasileñas más pobres, permitiéndoles el acceso a la salud, la educación, oportunidades de empleo, electricidad, agua potable y saneamiento seguros, integración productiva y otros derechos económicos, sociales y culturales.

El programa tiene como objetivo sacar a 16 millones de personas de la pobreza. Las beneficiarias se han identificado mediante el censo nacional de 2010. Aquellas personas que no se hayan beneficiado del Programa de Transferencia de Efectivo Bolsa Familia quedarán registradas en el programa Brasil Sin Miseria.

33] Se han llevado a cabo diversas formas de Transferencias de Efectivo en diferentes países. Los llamados **Programas de Transferencias Monetarias Condicionadas (CTCP)** consisten en transferencias monetarias directas, pero los y las beneficiarias se comprometen a invertir a su vez en educación infantil, prestación de servicios alimentarios o sanitarios (especialmente para el VIH-SIDA) y empoderamiento de la mujer, por ejemplo. La inversión en derechos ESC proporciona a las personas pobres una base digna para acceder progresivamente a sistemas educativos y servicios de atención sanitaria. Los PTMC generan obligaciones tácitas a los y las beneficiarias para poder acceder a los derechos ESC.

28. Véase, por ejemplo, K. Chapman, *Using social transfers to scale up equitable access to education and health services* (Utilización de las transferencias sociales para ampliar el acceso a los servicios educativos y sanitarios), Londres, División de Políticas del Departamento para el Desarrollo Internacional (DFID) del Reino Unido, Equipo de Ampliación de Servicios, 2006; N. Schady y M. Caridad Araujo, *Cash transfers, conditions, school enrolment, and child work: Evidence from a randomized experiment in Ecuador* (Las transferencias de efectivo, condiciones, escolarización y el trabajo infantil: Datos de un experimento aleatorio en Ecuador), 2006.

29. Brasil, por ejemplo, ha conseguido el primer ODM mediante Bolsa de Familia (Programa de Apoyo a las Familias). El Proyecto Kalomo de Zambia ha llegado a un grupo beneficiario de 200.000 familias que han recibido la cantidad de 30.000 ZMK y otros 10.000 ZMK por hijo/a. En Malawi, el proyecto experimental de transferencias monetarias sociales Mchinji introducido en 2006 llega a 11.170 personas beneficiarias y se centra en niños/as, especialmente en huérfanos y huérfanas. Apoya el proceso de elaboración de una política nacional de protección social en Malawi. El objetivo es vincular el proyecto de transferencias monetarias sociales a programas y servicios sociales y económicos que están en marcha, complementando dicho proyecto con programas que se dirigen específicamente a familias pobres que no están desempleadas. En China, se introdujo el DI Bao (Proyecto de Garantía de una Renta Mínima) por todo el país en 1999, alcanzando a 22 millones de personas y con un coste del 1 por ciento del PIB. Para más información, véase: R. Künemmann y R. Leonhard, *A Human Rights View of Social Cash Transfers for Achieving the Millennium Development Goals* (Una Visión de las Transferencias Monetarias Sociales desde los Derechos Humanos para la Consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio), Brot für Die Welt, EED, Fian International y Medico International, 2008.

30. Véase, por ejemplo, los estudios de A. Barrientos y R. Holmes, *Social Assistance in Developing Countries Database* (La Asistencia Social en la Base de Datos de Países en Desarrollo), Version 2.0, IDS, Universidad de Sussex, marzo de 2006.

[Programa Brasileño “Brasil Sin Miseria” 2011: Un ejemplo de política social no excluyente]

La base del programa es la creación de integración social para que el crecimiento sea sostenible tanto a nivel nacional como regional. Con este fin, el Programa dará respuestas holísticas a la pobreza, apoyando las capacidades de formación y la iniciativa empresarial de la juventud con acciones específicas organizadas por los centros de alimentación, nutrición y vivienda.

En concreto, este programa:

1. promoverá el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales a través de la concesión de ayudas
2. proporcionará infraestructura para la prestación de servicios sociales
3. proporcionará sesiones de desarrollo de capacidades y de formación para incrementar la participación de las personas más vulnerables
4. apoyará la igualdad, rompiendo la exclusión generacional, y empoderará la participación femenina.

A fin de crear un vínculo entre las familias y el Gobierno, se han creado 7.000 Centros de Asistencia Social en cada municipio que prestarán apoyo en la identificación de necesidades y en la administración de fondos.

El papel de las ONG será crucial a la hora de proporcionar datos y llevar a cabo investigaciones sobre las lagunas existentes y las necesidades de las poblaciones marginadas.

Para más información, véase: www.brasilemmiseria.gov.br

34] La inclusión del género en las estrategias de los CTP también ha sido importante para su desarrollo. Los ejemplos demuestran que los CTP han ayudado a empoderar a la mujer, proporcionándole autonomía y equilibrando a los miembros de la familia, especialmente en Asia y África. En México, por ejemplo, los informes muestran que las mujeres tienen más control sobre los recursos familiares después de participar en la Iniciativa Mexicana “Progresas”.

35] Las respuestas generales muestran que los CTP siguen siendo eficaces para combatir la pobreza a corto plazo y elevar el nivel de vida a la categoría de “adecuado” y “decente”. Desde una perspectiva a largo plazo, los CTP no están pensados para funcionar autónomamente y son insuficientes a la hora de reemplazar unos servicios adecuados y unas políticas públicas específicas. En sí mismos, no garantizan el empoderamiento a largo plazo de las personas pobres. Por lo tanto, los CTP deberán ir acompañados sin duda de mecanismos cuya finalidad sea apoyar el acceso a servicios a largo plazo y proporcionar a las personas vulnerables una base común para el disfrute de los derechos humanos. De esta forma, los CTP sostenibles a largo plazo podrían ser una herramienta de empoderamiento, debiendo trabajar por lo tanto para garantizar la participación de una amplia lista de agentes.

36] Por estos motivos, los CTP son más eficaces cuando se complementan con otros programas de protección social y cuando integran los derechos humanos en su estrategia. Su éxito depende en gran medida de la voluntad política, la capacidad administrativa y la disponibilidad de recursos financieros. Además, resulta crucial que los agentes locales apoyen el control y la transparencia de las estrategias citadas. Las ONG pueden jugar un enorme papel en su implementación y en la rendición de cuentas. Por ejemplo, la experiencia

piloto mencionada anteriormente, el CTP de Malawi³¹ es un buen ejemplo del papel crucial que tuvieron las ONG en el apoyo a la ayuda alimentaria.³²

3. CÓMO TRADUCIR LOS ODM EN DERECHOS

37] Al adoptar la Declaración del Milenio, 191 Miembros de la ONU acordaron adoptar los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), que incluyen los objetivos que se deben alcanzar para 2015. La comunidad internacional definió el primero de estos objetivos como la reducción de la pobreza a la mitad para 2015, recordando a la comunidad internacional y a las Agencias de la ONU su deber de desarrollar estándares sobre las obligaciones de los Estados derivadas de la integración de los derechos humanos en las estrategias para la erradicación de la pobreza. Asimismo, identificó la cuestión de la pobreza extrema como objetivo principal: *“No escatimaremos esfuerzos para liberar a nuestros semejantes, hombres, mujeres y niños de las condiciones abyectas y deshumanizadoras de la pobreza extrema, a la que en la actualidad están sometidos más de mil millones de seres humanos. Estamos empeñados en hacer realidad para todos ellos el derecho al desarrollo y a poner a toda la especie humana al abrigo de la necesidad.”* El ODM n° 1 es *“erradicar la pobreza y el hambre”*.³³

38] Con el fin de reforzar iniciativas para lograr los ODM, el segundo Decenio para la Erradicación de la Pobreza 2008–2017 solicitaba una estrategia integral de apoyo a las actividades y campañas nacionales de erradicación de la pobreza consistente en la implementación de políticas holísticas con un impacto amplio de protección social. La cooperación internacional busca reforzar las estrategias nacionales para avanzar en la realización progresiva de los derechos humanos y la consecución de los ODM.

39] No obstante, los ODM no se alcanzarían si no los tradujéramos en derechos y por lo tanto en intervenciones practicables de fuerte impacto local. Tanto los derechos humanos como los ODM incluyen un estándar mínimo con el que evaluar políticas y programas. Ambos deberían integrarse al comienzo de la fase de diseño de dichas políticas o programas. Así, la vinculación de los ODM a los derechos humanos impedirá que el cumplimiento de los ODM sea simplemente *opcional* y les ayudará a:

- (1) abordar mejor la cuestión de los grupos más vulnerables de la sociedad
- (2) incluir las nociones de *obligaciones* estatales y realización progresiva, y
- (3) impulsar un enfoque interdisciplinar en las programaciones integrando en ellas la naturaleza interdependiente de los derechos humanos.

31. www.ipc-undp.org/publications/cct/africa/PilotingMalawiCT.pdf.

32. Op. cit

33. Véase la Campaña de la ONU para Erradicar la Pobreza para 2015 en <http://www.endpoverty2015.org/es>. Esta campaña se centra en la consecución de los ocho ODM para 2015.

CÓMO TRADUCIR LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO DEL MILENIO (ODM) EN DERECHOS

OBJETIVOS	METAS	DERECHOS	ARTÍCULOS RELACIONADOS
ODM 1. Erradicar la pobreza extrema y el hambre	1.a. Reducir a la mitad la proporción de personas cuyos ingresos son inferiores a un dólar diario	Derecho a lograr un nivel estándar de vida Derecho a la seguridad social	Art. 22 y 23 de la DUDH Art. 6 del PIDESC Art. 25 de la DUDH Art. 11 del PIDESC
	1.b. Conseguir pleno empleo productivo y trabajo digno para todos, incluyendo mujeres y jóvenes	Derecho a trabajar	
	1.c. Reducir a la mitad la proporción de personas que sufren hambre	Derecho a la alimentación	
ODM 2. Lograr la enseñanza primaria universal	2. Garantizar que todos los niños y niñas sean capaces de completar un ciclo completo de enseñanza primaria	Derecho a la educación	DUDH Art. 25(1) Arts 13, 14 del PIDESC Art. 28(1) a de la CDN Art. 10 de la CEDAW Art. 5(e) ICERD
ODM 3. Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer	3. Eliminar las desigualdades entre los géneros en la enseñanza primaria y secundaria, preferiblemente para el año 2005, y en todos los niveles de la enseñanza antes de finales de 2015	Derecho a la igualdad Derecho a la educación	DUDH Art. 25(1) Art. 13, 14 del PIDESC Art. 28(1)a de la CDN Art. 10 de la CEDAW Art. 5(e) de la ICERD
ODM 4. Reducir la mortalidad infantil	4. Reducir en dos terceras partes la tasa de mortalidad de niños menores de cinco años	Derecho a la vida	DUDH Art. 25 (1) Art. 6 y 24 (2)a de la CDN Art. 12(2)a del PIDESC
ODM 5. Mejorar la salud materna	5.a. Reducir en tres cuartas partes la mortalidad materna	Derecho a la vida	Art. 25 de la DUDH Art. 12 del PIDESC Art. 24 de la CDN Art. 12 de la CEDAW Art. 5(e)(iv) de la ICERD
	5.b. Lograr, antes de 2015, el acceso universal a la salud reproductiva	Derecho al estándar de salud más alto obtenible	
ODM 6. Combatir el VIH/s SIDA, el paludismo y otras enfermedades	6.a. Detener y comenzar a reducir la propagación del VIH/SIDA	Derecho al estándar de salud más alto obtenible	Art. 25 de la DUDH Art. 12 del PIDESC Art. 24 de la CDN Art. 12 de la CEDAW Art. 5(e)(iv) de la ICERD
	6.b. Lograr, antes de 2015, el acceso universal al tratamiento del VIH/SIDA de todas las personas que lo necesiten		
	6.c. Detener y comenzar a reducir la incidencia de la malaria y otras enfermedades graves		
ODM 7. Garantizar el sustento del medio ambiente	7.a. Incorporar los principios del desarrollo sostenible en las políticas y los programas nacionales y reducir la pérdida de recursos del medio ambiente	Derecho a la salud medioambiental	Art. 12 del PIDESC Art. 14 de la CDN
	7.b. Haber reducido y haber ralentizado considerablemente la pérdida de diversidad biológica en 2010		
	7.c. Reducir a la mitad la proporción de personas sin acceso sostenible al agua potable y a servicios básicos de saneamiento	Derecho a un agua potable y un saneamiento	
	7.d. Haber mejorado considerablemente la vida de al menos 100 millones de habitantes de barrios marginales en 2020	Derecho a una vivienda adecuada	
ODM 8. Fomentar una asociación mundial para el desarrollo	8.a. Desarrollar aún más un sistema comercial y financiero abierto, basado en normas, previsible y no discriminatorio	Derecho al desarrollo	Art. 22 y 28 de la DUDH Art. 2 (1) , 11 (1), 15 (4), 22 y 23 del PIDESC Art. 4 , 24 (4) y 28 (3) de la CDN
	8.b. Atender las necesidades especiales de los países menos adelantados		
	8.c. Atender las necesidades especiales de los países en desarrollo sin litoral y los pequeños Estados insulares en desarrollo (mediante el Programa de Acción para el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo y los resultados del vigésimo segundo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General)		
	8.d. Encarar de manera integral los problemas de la deuda de los países en desarrollo con medidas nacionales e internacionales para que la deuda sea sostenible a largo plazo	Derecho al estándar de salud más alto obtenible	
	8.e. En cooperación con las empresas farmacéuticas, proporcionar acceso a los medicamentos esenciales en los países en desarrollo a precios asequibles	Derecho a disfrutar de los beneficios de los avances científicos y sus implicaciones	
	8.f. En cooperación con el sector privado, dar acceso a los beneficios de las nuevas tecnologías		

Fuente: tabla creada por la autora en base a la información obtenida en la página web: www.un.org/spanish/millenniumgoals/

4. CÓMO INCORPORAR EL GÉNERO EN LAS AGENDAS DE LA POBREZA

40] Hoy en día, las cuestiones de género siempre aparecen como un asunto urgente en el núcleo del desarrollo y los temas sociales, políticos y económicos. Las mujeres siguen siendo el segmento más pobre entre las personas pobres. Se calcula que las mujeres representan alrededor del 70 por ciento de las personas pobres del mundo.³⁴ De los 113 millones de niños y niñas que no están escolarizados en niveles de educación primaria, el 60 por ciento son niñas. Más del 60 por ciento de los 876 millones de personas adultas analfabetas que se calculan en el mundo son mujeres y el 80 por ciento de las personas refugiadas son mujeres. Además, tienen un acceso limitado a las oportunidades laborales y los puestos de responsabilidad.

41] La atención sobre los derechos de la mujer ha aumentado significativamente en parte debido a la Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Pekín en 1995 y su Plataforma de Acción, así como al Documento Final del período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de Beijing+5. La Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing desarrollaron la noción de la “incorporación del género”, destacando la necesidad de tener en cuenta la perspectiva de género en todos los marcos sociales, legales y políticos cada vez que se formule o implemente una política, estrategia, plan o norma. Desde entonces, la incorporación del género se ha llevado a cabo en diversas iniciativas por todo el globo, pero por desgracia, esto no ha sido suficiente para superar las desigualdades de género que persisten en todo el mundo.

42] El Objetivo 3 de Desarrollo del Milenio se centra en la promoción de la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer como herramienta para combatir la pobreza. De hecho, la participación pública de la mujer es una cuestión de derechos humanos, empodera los procesos de toma de decisiones y tiene un efecto directo sobre las comunidades y sus familias.

43] Ambos Artículos 3 del PIDESC y el PIDCP prohíben cualquier clase de discriminación contra las mujeres. En concreto, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) proclama la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en todas las esferas sociales, económicas, políticas y legales y apoya acciones que apunten a la modificación de aquellos patrones que crean estereotipos e impiden la igualdad entre hombres y mujeres. La Convención hace un llamamiento en favor de un acceso igualitario a la educación (Art. 10), el empleo (Art. 11), los servicios de salud (Art. 12) y las prestaciones económicas y sociales (Art. 13), y presta especial atención a las mujeres rurales (Art. 14). El Protocolo Facultativo de la Convención permite a las mujeres víctimas de violaciones de derechos protegidos por la Convención presentar las denuncias correspondientes.

44] El tráfico y la prostitución, la violencia y los derechos reproductivos siguen siendo las preocupaciones principales

en lo que atañe a la protección de la mujer. El Convenio de la ONU para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena y varios Convenios de la OIT incluyen disposiciones específicas relativas a estas cuestiones. A nivel regional, el Protocolo Facultativo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África cita disposiciones específicas contra prácticas dañinas como la mutilación genital, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará) incluye disposiciones sobre la violencia contra la mujer, entre muchas otras.

El enfoque de género en el acceso a la justicia

A fin de hacer visibles las iniciativas de políticas de género y los fallos del sistema judicial, el Banco Interamericano ha lanzado un proyecto piloto en Costa Rica con el objetivo de desarrollar un programa de actividades de concienciación en cuestiones de género y de aportar información para el control y la evaluación de prácticas no discriminatorias en el sistema judicial. Se ha desarrollado un modelo de formación sobre temas de género y un modelo de difusión de las decisiones judiciales relativas a cuestiones de género.

En Colombia, el proyecto denominado Casas de Justicia promueve el conocimiento de las decisiones judiciales y el apoyo legal en favor de las mujeres en situación de pobreza, proporcionándoles acceso a la justicia. La creación de Casas de Justicia ha mejorado la accesibilidad a los servicios de justicia en las poblaciones urbanas y rurales, fomentado la relación entre defensores públicos, abogados y abogadas pro bono, la policía y los y las jueces y apoyado el acceso de la ciudadanía colombiana, especialmente de las mujeres y la población desplazada, a una serie de recursos que van desde el derecho de propiedad al derecho nacional.

Para más información, por favor véase: <http://www.mij.gov.co/eContent/newsdetailmore.asp?id=2976&idcompany=2&idmenucategory=226>

5. CÓMO DAR PRIORIDAD A LOS GRUPOS VULNERABLES

45] Los grupos sociales vulnerables son el centro de la estrategia de erradicación de la pobreza. El Comité ha anunciado repetidamente qué grupos de la sociedad deben considerarse “marginados” y “vulnerables”. Algunos sufren discriminación por el papel histórico y estructural de las sociedades, algunos por sus circunstancias físicas, mentales o sexuales. Estos grupos son: la infancia, las personas mayores, las personas con discapacidad, las que viven con el VIH-SIDA, las migrantes, las desplazadas, las personas indígenas, lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT).

46] La juventud representa un grupo que merece especial atención en este capítulo, ya que en los últimos años, este grupo de edad se ha visto especialmente afectado por altos niveles de desempleo, pobreza urbana creciente, migración forzada, desintegración familiar y condiciones de salud en deterioro. Entre otros factores de dificultad, la densidad poblacional de las ciudades acelera la transmisión de infecciones a las que la infancia y la juventud son especialmente vulnerables, incluyendo el VIH/

34. Datos e información de UNIFEM.

SIDA. Las investigaciones también muestran que la inseguridad afecta especialmente a la juventud, ya que este grupo de edad es el que presenta mayor nivel de implicación en situaciones violentas, tanto en el papel de perpetrador como en el de víctima. Cuando se ve privada del acceso a un cuidado sanitario, una educación y unas oportunidades laborales básicas, entre otras cosas, la juventud marginada suele verse también estigmatizada cuando intenta formar parte de la sociedad.

a. La infancia

47] La infancia necesita especial cuidado y protección por su particular vulnerabilidad. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN) protege su derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo bajo los principios de **protección, atención a las necesidades y participación**. Al aplicar la "cláusula de condiciones más favorables", la Convención subraya la necesidad de aplicar las condiciones más favorables en aquellos casos en que una cláusula de la CDN y una disposición nacional se contravengan.

48] Junto con el derecho a la salud, el agua potable, el saneamiento, la educación, la alimentación, la prohibición del trabajo y el abuso infantiles y la libertad de la infancia para expresar sus opiniones y que éstas sean tenidas en cuenta en todo aquello que concierne a su vida, se incluyen disposiciones especiales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales. Los Protocolos Facultativos de la Convención, más concretamente el Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados³⁵ y el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, proporcionan una protección especial contra las peores formas de explotación infantil e incluyen disposiciones sobre los niños y niñas de la calle, la explotación sexual y los niños y niñas reclutados por las fuerzas armadas u organizaciones beligerantes. Tanto el Comité de los Derechos del Niño como el Comité de los Derechos Humanos supervisan que se respeten las obligaciones relacionadas con la Convención y sus Protocolos.

49] A nivel regional, la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, las Convenciones Interamericanas sobre Conflicto de Leyes en materia de adopción de menores y sobre la Restitución Internacional de Menores y la Carta Social Europea refuerzan esta protección.

b. La juventud

50] Las Naciones Unidas definen la juventud como aquellas personas de edades entre 15 y 24. Aunque la juventud representa más del 18% de la población mundial y juega un papel crucial como agentes de cambio, la mayoría de los países no tienen una política pública específica para la juventud. Es más, incluso en aquellos Estados que han desarrollado este tipo nuevo de forma legislativa, ésta suele ser poco sistemática y carecer de un enfoque comprensivo, lo que impide que los procesos participativos incluyan los retos a los que se enfrentan la generación joven o sus posibles soluciones.

51] Como la juventud está hoy especialmente expuesta ante los actuales retos sociales y económicos, ha comenzado a estar presente en las agendas de las personas encargadas de la planificación y la toma de decisiones y – aunque aun escasamente – en los diseños de las políticas públicas. En este contexto, la UNESCO ha desarrollado un conjunto de directrices que cubren la definición de políticas, la implementación y el control y la evaluación de las políticas y programas nacionales de juventud, sin interferir con las prioridades de los Estados. Las prioridades principales para afrontar los retos del cambio social son: la prevención de la violencia, la inclusión de la juventud con discapacidad y el fomento de la participación de los y las jóvenes. La UNESCO también ha desarrollado iniciativas como el Índice de Desarrollo de la Juventud, un indicador utilizado para medir el desarrollo de los países: el PIB per cápita aplicado a la juventud. Este Índice subraya las especificidades de este grupo de edad conforme a la presencia de la juventud en actividades socialmente definidas (trabajo y formación).

52] El presente manual aborda la juventud como población vulnerable siempre que una persona joven sufra una violación debido a su falta de acceso a un derecho. Por lo tanto, la juventud se considera sujeta a vulnerabilidad a causa de su falta de acceso a recursos, por ejemplo, o de su dependencia de los servicios públicos, como podría ser la situación de las personas jóvenes con discapacidad. Normalmente, lo que estas poblaciones tienen en común es la ausencia de una voz pública efectiva y de opciones de mitigación, como las redes dependientes de apoyo o suficientes bienes fungibles.

c. Las personas mayores

53] Las personas mayores sufren frecuentemente limitaciones en sus derechos económicos, sociales y culturales y la discriminación asociada a las mismas. No obstante, no existe instrumento internacional de derechos humanos alguno dedicado a ellas. No obstante, hay varios instrumentos que mencionan la necesidad de evitar cualquier tipo de discriminación contra las personas mayores y la necesidad de promover su participación, desarrollo y cuidado y de incrementar su bienestar social. Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) menciona específicamente la necesidad de que los Estados Partes "*adopten medidas inmediatas, efectivas y pertinentes*" para combatir los estereotipos basados en la edad (Art. 8.1b), y otros instrumentos como la Carta Africana señalan la necesidad de proteger sus necesidades morales y físicas (Art. 18).

d. Las personas con discapacidad

54] Las personas con discapacidad sufren múltiples formas de discriminación y necesitan de empoderamiento para hacer realidad su integración. La reciente Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD)³⁶ contiene una lista de principios que buscan dar respuestas específicas a su derecho al transporte, la vivienda, la sanidad y la participación en la vida pública.

35. Adoptado y abierto para la firma, ratificación y adhesión mediante la Resolución de la Asamblea General A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000; entrada en vigor el 12 de febrero de 2002.

36. Adoptada por la Asamblea General en su resolución A/RES/61/106 del 13 de diciembre de 2006.

55] De hecho, el Artículo 3 de la Convención consolida el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, la no discriminación, la igualdad de oportunidades y la accesibilidad, entre otros, como principios rectores de la Convención, y los Artículos 6 y 7 mencionan específicamente a las mujeres y los niños y niñas con discapacidad. El Artículo 25 confirma la necesidad de proporcionar un acceso a la sanidad basado en el consentimiento libre e informado y la igualdad con los demás.

56] A nivel regional, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos menciona a la infancia con discapacidad como población expuesta a una vulnerabilidad específica. La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999 recuerda la necesidad de garantizar la calidad de los servicios para las personas con discapacidad, así como su interdependencia. Determinados instrumentos como el Convenio sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de las Personas Inválidas núm. 159 y la Recomendación (n° 168) de la OIT proporcionan directrices para las políticas de readaptación profesional con el fin de fomentar las oportunidades de empleo. La Observación General n°5 del Comité de derechos ESC está dedicada a las personas con discapacidad.

e. Las personas con VIH-SIDA

57] A pesar de no existir un instrumento internacional vinculante que trate el VIH-SIDA, la mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos proporcionan una protección especial a las personas que viven con el VIH-SIDA. De hecho, las tasas de infección de VIH-SIDA aún siguen aumentando en muchos países del África subsahariana y algunas regiones de Asia. Debido a la discriminación de la que son objeto, se debería apoyar a las personas con VIH-SIDA para que accedan a la protección sanitaria, la vivienda y la educación. Las mujeres corren mayor riesgo de infección por su historia de subordinación cultural y sus derechos sexuales y reproductivos.

f. Las personas migrantes

58] La migración internacional se ha convertido en una característica intrínseca de la globalización. Las personas migrantes viven en Estados en los que no son ciudadanos o ciudadanas, y se enfrentan a cambios culturales, políticos y sociales que requieren su adaptación a valores y prácticas nuevas. Esta adaptación suele ser difícil y puede conducir a la exclusión y la discriminación. Además, su limitado acceso al empleo, la educación, la sanidad y la vivienda, entre otros derechos, los pone en situación de vulnerabilidad.

59] La pobreza es a veces la razón de la migración, pero también es un resultado de la misma. Hay, por tanto, una necesidad urgente de reconocer e implementar los derechos humanos de las personas migrantes y su igualdad de trato, y de garantizar su reconocimiento, no sólo como trabajadoras sino como seres humanos con iguales derechos.

60] La Convención Internacional de 2003 sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus

Familiares busca garantizar los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos civiles y políticos para asegurar el acceso a bienes sociales en términos de igualdad y participación. Se pide a las personas migrantes que mantengan el contacto con su país de origen y que regresen para participar en la vida pública. También se debe dar protección a las personas migrantes en situación irregular a pesar de estar indocumentadas.

g. Las personas desplazadas

61] Se denomina desplazadas a aquellas personas que se han visto obligadas a dejar sus hogares por sucesos naturales, políticos o sociales pero que han permanecido dentro de las fronteras. Su desplazamiento forzoso les hace encontrarse con discriminación e intolerancia, así como con exclusión de los procesos de desarrollo económico y social. Por ello, los Estados están obligados a proporcionarles el mismo tratamiento que a la ciudadanía, especialmente en lo que respecta al acceso a derechos humanos como la educación, la sanidad, la seguridad social y el empleo. El marco general de protección viene dado por el Convenio de Ginebra de 1949 (IV) relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra.

62] Las personas refugiadas también se consideran desplazadas, pero con la diferencia de que han cruzado fronteras para encontrar la exclusión por las mismas razones. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967 y la Resolución 2198 (XXI) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas constituyen los principales órganos creados en virtud de un tratado relacionados con las personas refugiadas.

63] A nivel regional, la Convención que Regula los Aspectos Propios de los Problemas de los Refugiados en África y el Documento de Addis Abeba sobre los Refugiados y el Desplazamiento Forzoso de Población en África contienen recomendaciones para proporcionar ayuda financiera, material y técnica, así como acceso a derechos humanos como la comida, el agua, el refugio, el saneamiento y la sanidad. La Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984³⁷ y la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas³⁸ son instrumentos no vinculantes que constituyen fuentes de consulta y guía para la convergencia entre el Derecho relativo a los Derechos Humanos, el Derecho Humanitario Internacional y el Derecho Internacional Relativo a las Personas Refugiadas. La Declaración de Cartagena, por ejemplo, hace un llamamiento a mejorar su *"autosuficiencia e integración en la sociedad"*, así como sus derechos económicos, sociales y culturales, mientras que la Declaración de San José reitera la necesidad de diseñar programas que faciliten la integración local, la publicación de documentación básica y la normalización de su condición migratoria. Esta Declaración insiste en incluir criterios basados en el género a la hora de examinar las solicitudes de condición de refugiado.

37. Adoptada por el Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

38. Adoptada por el Coloquio Internacional "10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados", San José, 5 de diciembre de 1994.

h. Las personas indígenas

64] Históricamente, se ha descuidado y marginado a las personas indígenas que también se enfrentan a retos creados por la globalización, las dinámicas de mercado y diversas violaciones de sus tierras, recursos económicos y entorno. Por ello, es necesario promover los derechos humanos a través de enfoques concienciados que preserven la diversidad cultural.

65] El primer Convenio sobre poblaciones tribales n° 107 de la OIT (1957), que fue revisado and modificado en 1989 por el Convenio OIT 169, define las poblaciones tribales en su Artículo 1.1 como grupos *“cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”*. Además, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en 2007, subraya la prohibición de cualquier tipo de discriminación y hace hincapié en su derecho a mantener sus propias instituciones, culturas y tradiciones. Se invita a los Estados a incentivar su participación efectiva en todos los asuntos que les conciernen.

i. Las lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT)

66] La discriminación que sufren las lesbianas, gays, bisexuales and transexuales (LGBT) suele estar vinculada a razones históricas y religiosas y algunos países no les conceden los mismos derechos y libertades. En este sentido, la histórica y reciente Resolución de la ONU A/HRC/17/L.9/ Rev. 1 (15 de junio de 2011) sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género marca el primer paso en el reconocimiento de las múltiples violaciones de los derechos humanos sufridas por el colectivo LGBT por su orientación sexual, y constituye un paso fundamental para garantizar la igualdad. La resolución solicita que *“se encargue un estudio a fin de documentar las leyes y prácticas discriminatorias y los actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, en todas las regiones del mundo”*. También requiere el perfeccionamiento de las formas en que la normativa internacional de derechos humanos puede aplicarse para poner fin a la violencia y a las violaciones conexas de los derechos humanos motivadas por la orientación sexual y la identidad de género.

EJERCICIOS

- 1) ¿Cuáles son los contenidos básicos del concepto de pobreza?
- 2) ¿Por qué es la pobreza una violación de los derechos humanos?
- 3) ¿Integra la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 a todas las poblaciones vulnerables cuando afirma en su Artículo 1 que *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*?
- 4) ¿Está Ud. de acuerdo en que las poblaciones vulnerables deberían recibir un tratamiento especial? Justifique su respuesta.
- 5) Por favor, indique ejemplos de cómo pueden abordarse los derechos humanos para incluir en ellos un *“enfoque cultural”*. ¿Contradice esto el principio de universalidad de los derechos humanos? Justifique su respuesta.

Capítulo II:

El papel de la defensa en justicia en la lucha contra la pobreza

– 27 –

1. Cómo definir el concepto de defensa en justicia

– 28 –

2. Marcos nacionales para la defensa en justicia de los derechos ESC

– 29 –

3. El papel de los y las jueces en el avance de los derechos ESC

– 31 –

4. Correlaciones entre defensa en justicia y justicia social: hacia un constitucionalismo transformador

- a. La defensa en justicia y su aporte al auxilio de las personas y al asentamiento de bases para la no discriminación y el reconocimiento
- b. La defensa en justicia y su aporte al auxilio de las personas más vulnerables mediante la redistribución de bienes
- c. La defensa en justicia como transformadora de la realidad de los grupos que requieren una atención especial

– 34 –

5. ¿Cuál es el papel de las ONG en el avance de la defensa en justicia?

CAPÍTULO II: EL PAPEL DE LA DEFENSA EN JUSTICIA EN LA LUCHA CONTRA LA POBREZA



© UNESCO/Le Mignon Misato

Los argumentos que aquí se presentan desarrollan la idea de que la defensa en justicia refuerza la realización progresiva de los derechos humanos. La defensa en justicia proporciona ayuda al aportar el reconocimiento legal de los derechos de las personas pobres. Promueve la existencia de asesoramiento en materia de derechos ESC dentro de la jerarquía legal al tiempo que contribuye a su realización. Hay otros medios que contribuyen al avance de los derechos humanos, como la implementación de políticas públicas por parte de organismos independientes y la acción de apoyo de las ONG a través de su control. Así, la defensa en justicia se entiende aquí como uno de los pasos necesarios hacia la implementación de la rendición de cuentas de los Estados. Este capítulo examina la base común que comparten los conceptos de justicia social y defensa en justicia, y explora las formas en las que los litigios nacionales e internacionales han tenido un impacto concreto en la promoción de la justicia social – contribuyendo a una definición amplia de defensa en justicia que asume el potencial transformador real de los derechos humanos.

1. CÓMO DEFINIR EL CONCEPTO DE DEFENSA EN JUSTICIA

1] En un contexto de presunta violación de los derechos humanos, la defensa en justicia hace referencia a la aplicación forzosa de derechos en nombre de las víctimas mediante la presentación de demandas antes mecanismos nacionales e imparciales de demanda legal – judiciales y cuasi judiciales – con el objeto de reclamar una reparación o una compensación para la presunta violación.¹ Algunas personas consideran la defensa en justicia como una de las fases del proceso de desarrollo gradual de un derecho, siendo la primera fase de avance su idealización, la segunda su conceptualización, la tercera su “positivización” y la última su (plena) realización.² Para otras personas, dado que los tribunales buscan proporcionar reparación a una presunta violación en un caso concreto,³ la defensa en justicia responde a la idea de que no hay derecho en ausencia de reparación: es

decir, el derecho del o la demandante a presentar una petición y obtener una reparación a cambio.

2] La definición de defensa en justicia siempre ha sido compleja y problemática a la hora de distinguir el nivel de realización de los derechos civiles y políticos (CP) frente a los derechos ESC. De hecho, se asume generalmente que los derechos CP son justiciables, mientras que los derechos ESC no lo son. No obstante, las pruebas empíricas aportadas por numerosa jurisprudencia sobre derechos ESC en los tribunales muestran que los derechos ESC han ido ganando reconocimiento legal, y que están en términos de igualdad con los derechos CP en lo que respecta a los fallos de los tribunales. La defensa en justicia de los tribunales ha jugado por lo tanto un papel decisivo a la hora de equilibrar los derechos CP y ESC.

3] Es importante distinguir dos formas de implementación de estándares legales en el desarrollo de los últimos: la implementación *per se*, y la defensa en justicia por *fallo de un tribunal*. La primera viene definida por ley o por disposiciones constitucionales que contemplan la autoejecución inmediata de los derechos ESC, así como el acceso directo a los tribunales; la segunda requiere que los tribunales desarrollen consideraciones argumentales a través de la jurisprudencia. De hecho, los tribunales nacionales han clarificado y desarrollado estas dos formas de implementación, habiendo evolucionado desde un nivel de activismo conservador a uno más progresista en la protección de los derechos ESC.

1. Véase Introductory remarks, F. Coomans (ed) *Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: experiences from domestic systems*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006, pág. 4–5. Véase también R. Gargarella, P. Domingo y T. Roux, (eds) *Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?* Ashgate, 2006.

2. Véase J. Donnelly, *The West and economic rights*, en S. Hertel and L. Minkel (eds) *Economic Rights: conceptual, measurement and policy issues*, Cambridge University Press, 2006, pág. 48–49.

3. Véase F. Viljoen, *National legislation as a source of justiciable socio-economic rights*, 6 *ESR Review*, N. 3, 2005, pág. 6–9; véase también Y. Ghai y J. Cottrell, *The role of the courts in the protection of economic, social and cultural rights*, Y. Ghai y J. Cottrell (eds), *Economic, Social and Cultural Rights in Practice*, Londres: Interights, 2004.

4] Es por ello que el CESCR argumenta en su Observación General n° 9 acerca de la aplicación del Pacto en el ámbito nacional que no hay derecho del que no se pueda considerar que tiene por lo menos alguna dimensión justiciable. El CESCR aclara que en este aspecto es importante distinguir entre la defensa en justicia (asuntos que se resuelven adecuadamente en los tribunales) y las normas autoejecutables (que pueden ser aplicadas por los tribunales sin que sea necesaria mayor elaboración). El CESCR insiste en que “no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, legalmente exigibles”. El Comité ha afirmado que “las normas del Pacto han de ser reconocidas en el ordenamiento jurídico interno a través de los medios adecuados; las personas individuales o los grupos agraviados han de disponer de medios adecuados de reparación, o de recurso, y se han de establecer mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos”.⁴

2. MARCOS NACIONALES PARA LA DEFENSA EN JUSTICIA DE LOS DERECHOS ESC

5] Hoy en día es innegable que los fallos sobre derechos ESC han madurado, como confirman las experiencias nacionales de la India, Colombia, Filipinas, Canadá y Sudáfrica, entre otras muchas. Estas experiencias comparables han demostrado el papel crucial que tiene la defensa en justicia a la hora de fijar estándares de empoderamiento y de construir una base legal para la consecución de la justicia social.

6] La **Constitución de la India**⁵ declara que sólo el derecho a la vida, el derecho a la igualdad y el derecho a la libertad de expresión son derechos justiciables, y los define como derechos autoejecutables (defensa en justicia *per se*). No obstante, *a posteriori*, los desarrollos de la defensa en justicia aparecieron en los '70, cuando el Tribunal Supremo de la India (TS de la India) vinculó el derecho a la vida⁶ a la dignidad humana y definió una teoría integradora en la que se debería atribuir la naturaleza de fundamentalidad a todos los derechos vinculados con el derecho a la vida. El TS de la India declara que “el derecho a la vida incluye el derecho a vivir con dignidad humana y todo lo que ello implica”.⁷ Los derechos ESC están incluidos en la Constitución en el apartado de Principios Directivos, lo que proporciona una guía al Gobierno para la implementación de los mismos, aunque no sean justiciables. No obstante, el tribunal ha empleado los

Principios Directivos en revisiones recientes para ampliar el alcance de los derechos ESC.⁸ La utilización de los **Litigios de Interés Público (PIL)** ha contribuido a proporcionar ayuda a las personas y a crear políticas que deben seguir los Estados.⁹ Los PIL han proporcionado amplio acceso a la justicia y compensación judicial a todo tipo de personas que están en situación de pobreza, vulnerabilidad, discapacidad y exclusión en general. Cualquier miembro del público puede presentar una demanda de aplicación adecuada de una directriz, orden o auto en el Tribunal Superior de la India.

7] En esa misma línea, la **Constitución de Colombia** de 1991 introduce la defensa en justicia de los derechos fundamentales. La Constitución incluye una lista de derechos fundamentales y determina que la mayoría de los derechos civiles y políticos son justiciables y de aplicación directa. No obstante, la Constitución no incluye ninguna disposición clara sobre la aplicación forzosa de los derechos sociales. Así, los avances de los derechos ESC como derechos justiciables se ha venido regulando por los fallos del Tribunal Constitucional de Colombia (TC de Colombia). En este caso, como en la India, se puede exigir legalmente la “conexión de causas”¹⁰ de los derechos ESC con un derecho fundamental.

8] La Constitución de las **Filipinas** de 1987 fija los términos de la defensa en justicia para el Tribunal Supremo.¹¹ El Artículo VIII determina que para que un derecho pueda ser justiciable, tiene que pasar un análisis sobre la naturaleza de la controversia (el derecho y la violación) y la capacidad, legitimidad o interés de la víctima (*locus standi*). En el caso de los derechos ESC, se aplica la misma prueba. No obstante, hay dos disposiciones que parecen ser autoejecutables: la cláusula de no discriminación y la de protección igualitaria. La misma Constitución también incorpora una Declaración de Principios y Políticas de Estado que incluye veintiocho secciones que elaboran derechos ESC como los de la salud, la educación, los servicios sociales y la vivienda. A pesar de todo, ha sido la jurisprudencia la que ha ido desarrollando la defensa en justicia de los derechos ESC. En varios casos (**LLDA**,¹² **Oposa**,¹³ **Tañada**¹⁴ y **Kilosbayan**),¹⁵ el Tribunal Filipino definió el significado de la defensa en justicia, así como el papel de los tribunales en las declaraciones y políticas que confieren derechos, declarando que “no es necesario que estos derechos básicos estén escritos en la Constitución, ya que se asume que existen desde el comienzo de la humanidad”.¹⁶ El Tribunal ha abogado por la implementación de los derechos ESC por medios judiciales y cuasijudiciales.

8. Por ejemplo, *Olga Tellis v Bombay*, 1986.

9. Véase el cuadro de texto sobre la aplicación forzosa judicial de las obligaciones positivas que aparece en este capítulo.

10. El Tribunal Constitucional de Colombia ha desarrollado la Doctrina de Conexión de Causas para hacer cumplir los derechos ESC, asimilándolos a derechos fundamentales y permitiendo así que un derecho social esté protegido como fundamental.

11. La Sección I declara: “El poder judicial se constituirá en un Tribunal Supremo y en tantos tribunales de instancia como establezca la ley. El poder judicial incluye el deber de los tribunales de justicia de dirimir controversias reales que afecten a derechos que son legalmente demandables y exigibles y de determinar si ha existido o no un abuso grave de facultad discrecional equivalente a la falta o el exceso de jurisdicción por parte de cualquier rama o instrumentalidad del Gobierno”.

12. Véase *Autoridad de Desarrollo del Lago Laguna (LLDA) v. Tribunal de Apelación*, GR n° 110120, 16 de marzo de 1994.

13. Véase *Oposa v. Factoran*, 224, SCRA 792, 1993.

14. Véase *Tañada v. Angara*, 272 SCRA 18, at 54, 1997.

15. Véase *Kilosbayan v. Guingona*, 232 SCRA 110, 1993.

16. Véase el caso *Oposa* op. cit 12.

4. Observación General n°9, La aplicación interna del Pacto: 03/12/1998. E/C.12/1998/24, CESCR, párr. 10.

5. Constitución de la India de 1950.

6. La Parte III de la Constitución de la India de 1950 menciona el derecho a la vida, el derecho a la libertad de opinión y expresión y el derecho a la igualdad, y los define como fundamentales. Los derechos ESC se mencionan en la Parte IV, titulada “Directive Principles of State Policy and Fundamental Duties (DPSP) of the Constitution”, inclusive el derecho a la educación y el trabajo. Dichos derechos ESC, según el DPSP, “no pueden hacerse cumplir por los tribunales, pero los principios en los que se basan son directrices fundamentales para la gobernación y se espera del Estado que las aplique a la hora de diseñar y aprobar leyes”.

7. Véase *Kesavananda Bharati v. Estado de Kerala* 4 SCC 225, 1973; *Maneka Gadhvi v. Union of India*, 1 SCC, 248, 1978; *Ayuntamiento de Ratlam vs. Vardhichand y otros*, AIR 1980 SC 622 y *Bandhua Mukti Morcha vs. Union of India*, 1984 SC 802.

9] En **Canadá**, la Ley Constitucional de 1867 no incluye ninguna provisión específica relacionada con la defensa en justicia de los derechos humanos. Sin embargo, la Carta de Derechos y Libertades del Canadá de 1982 ha proporcionado un marco para los fallos relacionados con los derechos ESC. Esta Carta ha ampliado el control judicial e iniciado importantes desarrollos para el avance de los derechos ESC. Consagra varios derechos ESC, como el derecho a la educación, la vivienda, la salud y la asistencia social, y los derechos laborales. En el caso **Chaoulli v. Quebec (Fiscal General)**¹⁷ relativo a la decisión del Tribunal Supremo de Canadá de suprimir una ley de Quebec que prohibía recurrir a los seguros privados para cubrir servicios públicos ofrecidos por el sistema sanitario universal de la provincia, Medicare, el Tribunal de Canadá declaró: “Cuando se da a los tribunales las herramientas que necesitan para tomar una decisión, no deberían dudar en asumir su responsabilidad”.¹⁸ Otras decisiones han apoyado esta postura y empoderado a las personas pobres.¹⁹

10] En **Sudáfrica**, la Constitución de 1996 desarrolla ampliamente la defensa en justicia de los derechos ESC. Esta Constitución incluye la obligación explícita del Estado de respetar, proteger, promover y cumplir²⁰ y pide al Estado que cumpla con su realización progresiva.²¹ En el caso **Fose v. el Ministro de Seguridad y Protección**,²² el Tribunal Constitucional de Sudáfrica ha definido el significado de una reparación apropiada y eficaz, expresando que “en nuestro contexto, una reparación apropiada debe implicar la eficacia de la misma, ya que sin una reparación eficaz de la violación, no se pueden ratificar o potenciar adecuadamente los valores implícitos y los derechos afianzados en la Constitución. Especialmente en un país en el que son pocos los que tienen los medios para hacer cumplir sus derechos recurriendo a los tribunales, es esencial que en aquellas ocasiones en que el procedimiento legal establezca que se ha infringido un derecho consolidado, éste pueda ser reivindicado eficazmente. Los tribunales tienen una especial responsabilidad a este respecto y están obligados a ‘forjar nuevas herramientas’ y a crear recursos innovadores, si fuera necesario, para alcanzar este objetivo”.

El papel del Sudáfrica en el debate sobre los fallos de derechos sociales se considera revolucionario. El Tribunal Constitucional ha solicitado la “revisión del carácter razonable” de la sección 27(2) de la Constitución, a fin tomar en consideración el carácter razonable de las medidas legislativas y de otro tipo que ha tomado el Estado para cumplir con sus deberes positivos. La “revisión de carácter razonable” tiene en cuenta el contexto de las medidas, así como su propósito y su impacto.²³

17. S.C.R. 791, 2005 SCC 35.

18. *Chaoulli v. Quebec (Fiscal General)* [2005] 1 S.C.R. 791, 2005 SCC 35, párr. 87.

19. *Slight Communications v. Davidson*, 1989 1 S.C.R. 1038, *Irwin Toy v. Fiscal General de Quebec*, 1989 1 S.C.R. 927, *Gosselin v. Quebec (Fiscal General)*, 2002 SCC 84, 2002 A.S.C.R. párr. 82, y en el caso *R. v. Ewanchuk* (1999) 1 S.C.R. 330, párr. 73.

20. El Capítulo 2 aclarará el alcance y el contenido de estas obligaciones.

21. Las primeras decisiones de referencia relacionadas con la defensa en justicia de los derechos ESC en Sudáfrica son: *S v. Zuma*, 1995 2 SA 642 TC y *S v. Makwanyane*, 1995 3 SA 391 (TC).

22. [1997] ZACC 6; 1997 (3) SA 786 (TC); 1997 (7) BCLR 851 (TC).

23. Para aclaraciones sobre la “revisión del carácter razonable” y su diferencia con la “revisión de racionalidad” véase *Khosa & Mahlauli v. Ministro de Desarrollo Social* 2004(6) BCLR 569 (TC).

3. EL PAPEL DE LOS Y LAS JUECES EN EL AVANCE DE LOS DERECHOS ESC

11] El papel de los y las jueces como guardianes de las constituciones es crucial para reconocer y clarificar la definición y aplicación forzosa de los derechos ESC, garantizando que no se quedan sólo sobre el papel. Los y las jueces ayudan a alcanzar el potencial transformador de los derechos ESC, especialmente en la lucha contra la pobreza a nivel local.

12] Según la separación de poderes tradicional, los tribunales son responsables de la interpretación de la ley. Su principio rector es la constitución nacional y los estándares internacionales que se implementan directa o indirectamente en el marco nacional. Los tribunales proporcionan recursos y compen-san situaciones relacionadas con la violación de los derechos humanos; también toman decisiones que incluyen obligaciones legales para los gobiernos y la sociedad civil, siempre que sus acciones no respeten los principios y estándares de los derechos humanos.

13] El debate actual se centra en los argumentos a favor y en contra del papel de los tribunales en la interpretación de los derechos humanos. De hecho, las llamadas teorías de la “democracia” han subrayado el único argumento importante contra la aplicación forzosa de los derechos ESC por parte de los y las jueces,²⁴ aduciendo que no han sido elegidos/as como tales por la ciudadanía, y que no se les debería permitir opinar en el avance de los derechos ESC, ya que, en ocasiones, sus decisiones invalidan pronunciamientos y prioridades definidas por los y las representantes del pueblo, como son las autoridades gubernamentales, parlamentarias, etc.

14] Las objeciones toman cuerpo en dos tipos de argumentos:

- a. El carácter antidemocrático de los y las jueces: al contrario que los gobiernos y los parlamentos, que son investidos con el apoyo público, los y las jueces no han sido elegidos y por lo tanto, no deberían decidir sobre asuntos que conciernen a modelos y prioridades políticas y económicas. Además, los y las jueces imponen una decisión mayoritaria en lugar de una amplia y participativa (objeción contra mayoritaria).
- b. La falta de capacidad técnica respecto de sus competencias en economía y ciencias políticas: de hecho, ya que los derechos ESC suponen políticas progresivas con implicaciones presupuestarias así como la definición de prioridades e indicadores concretos, se ha discutido mucho su capacidad en estos temas.

15] En cuanto a las objeciones relacionadas con el impacto financiero del control judicial, ya se ha demostrado que los derechos civiles y políticos, así como los derechos ESC, conllevan un impacto financiero. Por ejemplo, tanto la organización de elecciones regulares como la gestión del sistema

24. Véase Y. Ghai y J. Cottrell, The role of the courts in the protection of economic, social and cultural rights, en Y. Ghai y J. Cottrell (eds) *Economic, Social and Cultural Rights in Practice*, London Interights, 2004. Véase también V. Abramovich y C. Courtis, Supporting justiciability of ESC rights, V. Abramovich and C. Courtis (eds) *Los Derechos Sociales como derechos exigibles*, 2ª edición, 2004; y COHRE, *Litigating Economic, Social and Cultural Rights: achievements, challenges and strategies*, 2003.

de justicia criminal tienen un impacto en los presupuestos. Como tal, esta línea argumental no representa una crítica sólida a la revisión judicial de los derechos ESC.

16] En lo que respecta a los gastos necesarios para implementar los derechos ESC, las implicaciones financieras no son enormes y en general tienen que ver con la preparación de planes de acción, o tienen lugar sólo cuando se obstaculiza una determinada política (por ejemplo, la prohibición de los desalojos forzados). No obstante, allá donde la implementación es significativa (campañas de vacunación, servicios caros de atención sanitaria, ampliación de la escala de protección del derecho a una vivienda o una alimentación adecuada), los tribunales son capaces de autolimitarse o incluso de optar por un avance gradual del derecho. En Sudáfrica, por ejemplo, el tribunal ha dictaminado que los tribunales “no tienen como objetivo reajustar los presupuestos”²⁵ y sin embargo, ha apoyado el avance progresivo de los derechos ESC.

17] Además, el CESCR ha subrayado que “en relación a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente.”²⁶

18] A este respecto es importante distinguir entre la *defensa en justicia* (que se refiere a aquellos asuntos que se resuelven adecuadamente en los tribunales) y las *normas* que son autoejecutables (que pueden ser aplicadas por los tribunales sin que sea necesaria más elaboración). Si bien hay que tener en cuenta el enfoque general de cada sistema legal, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que la gran mayoría de los sistemas no considere que posee, por lo menos, algunas dimensiones significativas de justiciabilidad. En ocasiones se sugiere que aquellos asuntos que tienen que ver con la asignación de recursos deberían dejarse en manos de las autoridades políticas en vez de en las de los tribunales. Por este motivo, un argumento de este tipo no debería obstaculizar los pronunciamientos normales y regulares de los tribunales sobre los derechos ESC. Y ésta es la razón por la que el presente manual apoya el desarrollo de los derechos ESC como derechos justiciables, así como los argumentos que apoyan su papel en el avance de los derechos humanos.

19] Se pueden destacar cuatro fases en los litigios que demuestran el enorme potencial de los y las jueces:²⁷ **voz, capacidad de respuesta, efectividad y cumplimiento.** La **voz** hace referencia a la capacidad de las personas pobres y marginadas de hacer oír sus demandas; la **capacidad de respuesta** hace referencia a la voluntad del tribunal de responder a las

preocupaciones de las personas pobres y marginadas; la **efectividad** es el efecto legal de las decisiones de los tribunales sobre derechos que afectan significativamente la situación de las personas marginadas y pobres; y finalmente el **cumplimiento** refleja la autoridad de las decisiones de los tribunales y el cumplimiento de las mismas en otras ramas, así como su implementación a través de las políticas públicas.

20] El presente manual adopta este enfoque en favor de las personas pobres, según el cual los tribunales tienen una capacidad transformadora que puede cambiar la realidad y proporcionar estándares en la lucha contra las privaciones más inhumanas. En consecuencia, las decisiones judiciales tienen un impacto emancipador, ya que proponen formas de auxiliar a las poblaciones marginadas. A veces, incluso marcan el comienzo de un cambio social. La defensa en justicia es el primer paso fundacional de la legitimidad. Las políticas públicas y la participación de otros agentes como la sociedad civil también son cruciales para su plena implementación.

▶ LA APLICACIÓN FORZOSA JUDICIAL DE OBLIGACIONES POSITIVAS

Una de las lecciones derivadas del concepto de obligaciones positivas es que los tribunales han sido creativos a la hora de desarrollar nuevos procedimientos, métodos y recursos para que los derechos humanos avancen efectivamente, utilizando los *medios y técnicas* siguientes:

Entre los medios proporcionados por fallos directos sobre derechos ESC se cuentan: los Litigios de Interés Público (PIL)¹ y las *órdenes y autos directivos* en la India², la *Tutela*³ o el *amparo* en España, México y Colombia, el recurso de protección, las acciones civiles públicas en Brasil y los recursos de amparo entre otros.

Entre las técnicas que han ampliado la protección de los derechos ESC se cuentan: las revisiones de carácter razonable⁴, la proporcionalidad, la idoneidad, la “teoría de la conexión de causas”,⁵ la procedencia, el mínimo vital,⁶ la doctrina de la estructura básica⁷, el estado de cosas in-

1. Los PIL son un “brazo estratégico del movimiento de ayuda legal concebido para llevar la justicia al alcance de las masas empobrecidas que constituyen el grado más bajo de visibilidad de la humanidad”. Definición dada por S.P. Sathe en *Judicial activism: the Indian experience*, *Journal of Law and Policy*, 6 (2001). Véase también *People's Union for Democratic Rights v. India*, 1982 AIR (SC) 1473, 1476.

2. Los Artículos 32 y 226 de la Constitución de la India otorgan esta prerrogativa al Tribunal Supremo de la India.

3. Recurso de amparo de derechos fundamentales presentado ante cualquier juez colombiano, que decidirá el asunto urgente de la parte demandante en un plazo máximo de diez días.

4. La revisión de carácter razonable es una técnica por la que el tribunal falla sobre demandas relativas a la prestación de servicios y recursos sociales. El Tribunal se plantea “si una política o programa concreto puede estar justificado y se justificará si está relacionado de forma razonable con el objetivo de proporcionar acceso a los derechos socioeconómicos más relevantes” (caso *Grootboom*). Podemos encontrar ejemplos de aplicación de la revisión de carácter razonable en los tribunales en los casos *Grootboom* (Sudáfrica) y *Chameli Singh y Ois v Estado de U.P. y Otros*, JT 1995 (9) SC 380 (India), en el que el tribunal ordenó la construcción de refugios que permitieran el crecimiento y el desarrollo de todos los aspectos de la vida. Subrayando el derecho a la vida, declaraba que “El derecho a la vida está garantizado en cualquier sociedad civilizada. Este derecho abarcaría el derecho a la alimentación, el derecho al vestido, el derecho a un entorno digno y a un alojamiento razonable en el que vivir.”

5. Teoría colombiana desarrollada por el Tribunal Constitucional de Colombia, según la cual

6. El mínimo vital es una doctrina alemana que busca garantizar unas condiciones mínimas de vida para dignificar la existencia de las personas pobres. El Tribunal Constitucional de Colombia también ha desarrollado la doctrina del mínimo vital en sus resoluciones T 426/92 y T-011/1998, T-384/1998 y T-100 /1999 SU-225/1994 entre otras.

7. La doctrina de la estructura básica es una doctrina de la India por la cual no pueden realizarse enmiendas a la Constitución que alteren su marco general y estructura básica. Véase *Su Santidad Kesavananda Bharati Sripadgalvaru v Estado de Kerala*, también conocido como el Caso Kesavananda Bharati AIR (SC) 1973, 1461.

25. TAC, 2002 5 SA 721 TC, párr. 38.

26. Aquí se citan a modo de ejemplo el Artículo 3; el Artículo 7, párr. (a)(i); el Artículo 8; el Artículo 10, párr. 3; el Artículo 13, párr. 2 (a) y párr. 4; y el Artículo 15 párr. 3 de la Observación General n° 3 (1990).

27. Véase esta propuesta de Siri Gløppen en *Courts and Social Transformation: an analytical framework*, en Roberto Gargarella, Pilar Domingo y Theunis Roux, editores: *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*. Aldershot/Burlington: Ashgate, 2006, pág. 35-59.

[La aplicación forzosa judicial de obligaciones positivas]

constitucional⁸, los Principios Directivos de la Política Estatal y las Obligaciones Fundamentales (DPSP),⁹ y la “cláusula de erradicación de la injusticia actual”¹⁰, entre otras.

Así, conseguir que los derechos ESC sean justiciables para las personas pobres podrá provocar las siguientes consecuencias:

(1) Aumentar la visibilidad, (2) Dar voz a los titulares del derecho, (3) Aumentar la rendición de cuentas de los responsables, (4) Proporcionar protección, recursos o reparaciones por alegaciones de violación, (5) Desarrollar una forma de compensación, (6) Crear la base para una política a corto, medio y largo plazo, y (7) Transformar o ajustar los marcos legales.

8. Un procedimiento que anima a las autoridades a corregir desigualdades, a facilitar la integración y la participación de los grupos más vulnerables así como la obligación progresiva de desarrollar condiciones materiales para los grupos más vulnerables

9. Los Principios Directivos no son justiciables per se, pero sí son justiciables por interpretación de un o una juez si están conectados con el derecho a la vida y a la libertad personal. Véase op. cit. 6.

10. Un procedimiento que anima a las autoridades a tomar medidas y acciones concretas con el objetivo de erradicar la situación de injusticia de determinados grupos vulnerables de la sociedad. Por ejemplo, esta cláusula se ha utilizado en Colombia para proteger a las personas desplazadas. Esta cláusula exige la participación activa de todas las autoridades nacionales para detener la violación de los derechos de las minorías y las poblaciones marginadas, así como del respeto a la igualdad y la dignidad humana

21] El 10 de diciembre de 2008, la Asamblea General de la ONU adoptó unánimemente un **Protocolo Facultativo (OP) del PIDESC**.²⁸ El OP tendrá importantes implicaciones en la defensa en justicia de los derechos ESC, garantizando compensaciones para las víctimas individuales y desarrollando jurisprudencia y políticas públicas, ya que otorga al Comité la competencia de recibir y considerar informaciones relacionadas con la violación de los derechos ESC.

4. CORRELACIÓN ENTRE LA DEFENSA EN JUSTICIA Y LA JUSTICIA SOCIAL: HACIA UN CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR

22] El debate de si la defensa en justicia y la justicia social se contradicen o no es una falsa dicotomía. La justicia social produce de forma natural una tensión entre derechos y estándares. Los derechos proporcionan la base para la integración, el reconocimiento y la participación en la sociedad, mientras que los estándares se perciben como herramientas y caminos para hacer realidad, defender, promover y expresar dichas situaciones. La defensa en justicia es la voz de ambos planteamientos, ya que proporciona reconocimiento legal y desarrolla estándares de compensación.

28. Resolución de la AG A/RES/63/117.

23] Por lo tanto, al reconocer los derechos de las personas más vulnerables, les da la posibilidad de interactuar y participar en la vida social, generando integración y paridad. Los fallos legales rompen el círculo de la ausencia de reconocimiento y por lo tanto, de la subordinación, e institucionalizan estrategias transformadoras para reparar su condición humana a fin de establecer una vida en dignidad. La defensa en justicia proporciona estándares para la redistribución de bienes sociales como la no discriminación, la igualdad, el acceso a derechos y recursos, así como a unos estándares mínimos de protección legal. Al alterar desigualdades estructuradas de la sociedad y empoderar las relaciones sociales, la defensa en justicia se convierte, por lo tanto, en una herramienta de transformación y empoderamiento. La defensa en justicia equilibra patrones socioeconómicos combatiendo la discriminación cultural, social, sexual y racial.

24] Hoy en día nos enfrentamos a lo que llamamos “constitucionalismo transformador”²⁹ también descrito como un “proyecto a largo plazo de promulgación, interpretación y aplicación constitucional comprometida con el fin de transformar las instituciones políticas y sociales y las relaciones de poder de un país, orientándolas en una dirección democrática, participativa e igualitaria”.³⁰ Este enfoque transformador urge a los tribunales a desarrollar una base legal para el diálogo abierto, el reconocimiento del otro y la integración y a transformar las necesidades en derechos.

25] Al proporcionar medidas afirmativas de compensación, afirmación y transformación de la realidad, la defensa en justicia desarrolla nuevos estándares de protección. Hay ejemplos de compensación y transformación proporcionados por la defensa en justicia por todo el mundo que demuestran cómo la defensa en justicia proporciona auxilio a las personas pobres y transforma realidades de discriminación y marginación. El capítulo siguiente presenta una serie no exhaustiva de ejemplos de estos fallos.

a. La defensa en justicia y su aporte al auxilio de las personas y al asentamiento de bases para la no discriminación y el reconocimiento

26] Cinco casos fundacionales de los **Estados Unidos de América** a mediados de los '50 marcaron un cambio en la forma en la que el poder judicial garantiza la protección igualitaria ante ley y su papel en el avance de la justicia social. El caso **Brown et al v. Consejo de Educación de Topeka et al** de 1954 (conocido como *el caso Brown*), que consolidó

29. El nuevo paradigma del constitucionalismo transformador y su correlación con la justicia social tiene su base en la teoría de Nancy Fraser. En su trabajo, Fraser ha desarrollado dos principios o estrategias fundamentales para remediar la injusticia: la afirmación del otro y la transformación. Ella afirma que “las estrategias afirmativas para reparar la injusticia buscan corregir los resultados no equitativos de los acuerdos sociales sin perturbar las estructuras sociales subyacentes que los generan. Las estrategias transformadoras, por el contrario, buscan corregir los resultados injustos precisamente reestructurando el marco generador subyacente”. Es este sentido, su teoría abarca tanto un concepto distributivo como un enfoque de reconocimiento como base fundacional de la justicia social, en N. Fraser y A. Honneth, *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, 2003, pág. 74. En su último trabajo, Fraser añade una tercera dimensión relacionada con la justicia: la dimensión política subyacente a la distribución y el reconocimiento son conceptos políticos, ya que normalmente se asume que requieren una adjudicación del Estado en *Scales of Justice: remaining political space in a globalizing world*, 2008, pág. 16-17.

30. K. Klare, *Legal culture and transformative constitutionalism* (1998) 10 27 *SAJHR* 146.

el dictamen de cinco casos más,³¹ estableció una nueva interpretación del poder de la ley al declarar inconstitucional la segregación en las escuelas que se basaba en argumentos raciales. Su interpretación de la Decimocuarta Enmienda fue más allá de una lectura formal y garantizó la protección igualitaria de las leyes, colocando a todo el mundo (negros, blancos, minorías) en igualdad de condiciones. Dado que define estándares legales contra la segregación racial, el caso *Brown* puede considerarse como la decisión fundacional del papel del poder judicial en el desarrollo de estándares igualitarios de protección y en la creación de argumentos legales para la justicia y la transformación sociales.

27] El poder judicial declaró en el caso **Brown** que “en el momento en que el Estado ha asumido proporcionar oportunidades de educación en sus colegios público, dichas oportunidades se constituyen en un derecho que debe ser accesible a todos en términos de igualdad”.³² El caso *Brown* anuló la jurisprudencia de un caso anterior, *Plessy v. Ferguson*,³³ que se basaba en la doctrina de “separados pero iguales”. Los jueces revisaron el precedente establecido por el caso *Plessy* y argumentaron que, en el campo de la educación, “los establecimientos educativos separados son inherentemente desiguales”.

28] Encontramos una decisión transformadora similar en **Sudáfrica**, donde las transformaciones desencadenadas por decisiones judiciales han sido cruciales en lo relativo a la segregación racial y las políticas discriminatorias desde el período del Apartheid. En el caso de referencia **Primer Ministro de la Provincia de Mpumalanga, y Otros v. Comité Ejecutivo de la Asociación de Consejos Escolares de Escuelas Subvencionadas por el Estado**, (en adelante denominado **Caso Premier**),³⁴ el Tribunal Constitucional estudió dos cuestiones importantes. La primera era la necesidad de erradicar patrones de discriminación racial y abordar las consecuencias de la discriminación del pasado que persistían en la sociedad sudafricana. La segunda era la obligación de equidad procesal impuesta al gobierno en un caso relacionado con becas. Después de una profunda revisión de la necesidad de transformación de los sistemas educativos,³⁵ el tribunal afirmó que la Constitución dictaba no sólo el fin, que consiste en el establecimiento de una democracia no racial y no sexista, sino que también regulaba los medios, incluida la obligación de respetar la equidad procesal.

29] El mismo argumento se desarrolla en el **Consejo Escolar de Bel Porto y Otros v. el Premier de la Provincia Occidental del Cabo y otros** (denominado en lo sucesivo el caso *Bel*

Porto),³⁶ relacionado con la política relativa al empleo y las ayudas al profesorado y sus auxiliares. Las ayudas se basaban en un esquema educativo desigual heredado del período de la segregación. Al declarar que “la erradicación de la discriminación racial anclada en nuestro sistema educativo no es una tarea rápida o fácil y [...] sigue siendo un desafío complejo”, el Tribunal estudiaba si la diferenciación constituía una discriminación injusta contra la parte recurrente, ya que se trataba de personal auxiliar en un colegio de educación especial para niños y niñas con discapacidad. El Tribunal dictaminó que el proceso de transformación se llevaría a cabo de acuerdo a las disposiciones de la Constitución y su Carta de Derechos y añadió que el proceso de transformación necesariamente tendría más peso para algunos miembros de la comunidad que para otros.

30] En el caso del **Proyecto de Derechos Socioeconómicos y Rendición de Cuentas (SERAP) v. Nigeria**,³⁷ el Tribunal de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (ECOWAS) falló sobre una demanda basada en el derecho a la educación, incluso aunque se podía discutir si dicho derecho era exigible legalmente según el derecho constitucional nacional de Nigeria. El Tribunal ECOWAS rechazó el argumento del gobierno, para el que la educación era “una mera política directiva del gobierno y no un derecho legal de la ciudadanía”. El Tribunal ECOWAS afirmó que los derechos garantizados por la Carta Africana eran justiciables ante él y apoyó la defensa en justicia del derecho a la educación en este caso en particular. El caso *SERAP* ha permitido a las ONG acudir al Tribunal ECOWAS buscando la aplicación forzosa de los derechos económicos, sociales y culturales.

31] En **Colombia** encontramos decisiones transformadoras similares que proporcionaron reconocimiento a personas segregadas y marginadas y que fueron decisivas a la hora de cambiar la percepción de los miembros más vulnerables de la sociedad. En un caso relacionado con la privación de derechos de personas desplazadas, el Tribunal tomó una decisión revolucionaria al ordenar la reparación inmediata de un “estado de cosas inconstitucional”, ordenando a las autoridades públicas que desarrollaran e implementaran un Plan de Acción con la participación de las poblaciones desplazadas en todas las políticas y estrategias que les concernieran. El Tribunal propuso además que se hiciera un seguimiento de sus recomendaciones.³⁸

b. La defensa en justicia y su aporte al auxilio de las personas más vulnerables mediante la redistribución de bienes

32] En el caso de **Mariela C. Vicomte v. Ministerio de Salud y Acción Social**,³⁹ el Tribunal de Apelación de Argentina ordenó que el Ministerio de Salud de Argentina organizara una

31. *Belton (Bulah) v. Gebhart (Delaware)*, *Bolling v. Sharpe [Distrito de Columbia]*, *Brown v. Consejo de Educación (Kansas)*, *Davis v. el Consejo Escolar del Condado (Virginia)*, y *Briggs v. Elliott (Carolina del Sur)*.

32. *Brown Case*, pág. 493.

33. *Plessy case*, 163 US 537.

34. *Premier, Province of Mpumalanga, and Another v Executive Committee, Association of Governing Bodies of State-Aided Schools*. Eastern Transvaal 1999 (2) SA 91 (TC) y 1999 (2) BCLR 151 (TC).

35. En el caso *Premier*, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica explicó las raíces de la segregación: bajo el anterior gobierno del apartheid, los colegios solían estar divididos por raza, existiendo colegios estatales separados para niños y niñas africanos/as, de color, indios/as y blancos/as. La administración de estos colegios separados era responsabilidad de ministerios diferentes. Siguiendo la política del gobierno, se gastaban muchos más fondos gubernamentales por cada niño o niña blanca que iba al colegio que los que se gastaban por cada alumno o alumna negra. Como consecuencia, los colegios para niños y niñas blancas solían estar bien equipados con aulas, instalaciones deportivas y profesorado cualificado. Los colegios para niños y niñas negras solían estar destaralados, con instalaciones pobres y profesorado poco cualificado (párr. 7 y 8).

36. *Bel Porto School Governing Body and Others v. premier, Western Cape and another* (en lo sucesivo caso *Bel Porto*) 2002 (9) BCLR 891.

37. *Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) vs. Federal Republic of Nigeria and Universal Basic Education Commission*, n° ECW/CCJ/APP/0808, 27 de octubre de 2009.

38. Resolución T 025/2004.

39. Tribunal de Apelación de Argentina, 2 de junio de 1998, Sentencia n° 98.096.

campana masiva de vacunación de 3,5 millones de personas que sufrían de fiebre (obligación positiva) y aumentó la protección legal del derecho a la salud al proteger a millones de personas, especialmente niños y niñas, creando una campana masiva de justicia social.

33] En Sudáfrica, en el *Ministro de Salud v. Campaña de Acción por el Tratamiento (TAC por sus siglas en inglés)*,⁴⁰ el Tribunal Constitucional ordenó al Gobierno que extendiera la disponibilidad de la nevirapina –un fármaco anti-retroviral para mujeres embarazadas VIH-positivas que puede evitar decenas de miles de infecciones y muertes innecesarias– a hospitales y clínicas, que proporcionara personal orientador y tomara medidas razonables para ampliar las instalaciones de análisis y asesoramiento de todo el sector público sanitario.

34] Se pueden encontrar las mismas decisiones distributivas en la **Resolución** de Colombia **SU-225 de 1998**, en la que el Tribunal ordenó una campana gratuita de vacunación para niños y niñas pobres que se enfrentaban a un alto riesgo de contagio de meningitis. El Tribunal ordenó la implementación del Plan de Inmunización, sentando así las bases para futuras decisiones.⁴¹ También se dieron decisiones transformadoras relacionadas con una distribución justa de los servicios de atención sanitaria en otro caso (**T-760 de 2008**), en el que el Tribunal ordenó una reestructuración drástica del sistema de salud del país, y en la resolución **C-959 de 2000**, por la que el tribunal revisaba la legislación económica relacionada con el cálculo de deudas hipotecarias y vinculaba la unidad de poder adquisitivo constante (UPAC) a la tasa de inflación. Esta resolución transformó la legislación de financiación de viviendas de Colombia.

35] En la India, el caso formativo del *Sindicato (registrado) de Tiradores de Rickshaw de Azad, Ayuntamiento de Amritsar v. el Estado de Punjab & Ors*⁴² condujo a una solución transformadora para los vulnerables y discriminados tiradores de rickshaw, empoderándolos para comprar su propio rickshaw.

c. La defensa en justicia como transformadora de la realidad de los grupos que requieren una atención especial

36] El empoderamiento legal de las mujeres a través de fallos judiciales ha proporcionado importantes directrices para el reconocimiento y la adjudicación de los derechos de la mujer. Los fallos han creado importantes herramientas para romper los prejuicios y la discriminación contra la mujer. Por ejemplo, el caso de referencia *Bi Hawa Mohamed v. Ally Sefu de Tanzania*⁴³ dio importantes pasos en lo que respecta a la igualdad de la mujer al reconocer el trabajo doméstico y el cuidado de los hijos e hijas como contribución marital contabilizable por el cónyuge como bien matrimonial. Este importante caso reconoció legalmente el valor económico de la inversión de las mujeres en los matrimonios.

37] Otras decisiones relacionadas: la igualdad de derechos concerniente a la edad de jubilación en Indonesia (*Nurhantina Hasibuan v. Pt. Indonesia Toray Synthetics y otros n° 651/PDT/1988/ PT.DKI Tribunal Superior de Yakarta*); el derecho de la mujer de casarse de nuevo después de divorciarse en Japón (*X1 y X2 v. el Gobierno de Japón Tribunal Superior de Hiroshima, 28 de noviembre de 1991*); la necesidad del consentimiento de la mujer para que un matrimonio sea válido según la ley pakistani (*Humaira Mehmood v. el Estado y otros, 1999*); y la igualdad concerniente a la tutela de los hijos e hijas tras la muerte del padre (*Sra. Githa Hariharan y otra v. el Banco de Reserva de la India y otro con Dr. Vandana Shiva v. Jayanta Bandhopadhyaya y otro, Air 17 de febrero de 1999, Tribunal Supremo de la India 1149*).

38] En Sudáfrica, en el caso de referencia *Bhe v. los Magistrados Khayelitsha y Ors*,⁴⁴ que abarcaba otros dos casos (*Bhe, SAHRC y Shibi*), el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la norma de primogenitura del derecho consuetudinario africano y suprimió el marco legislativo completo que regulaba el patrimonio de los sudafricanos y sudafricanas negras que morían intestados.

39] Un caso reciente en Francia, *Siliadin v. Francia*,⁴⁵ analizó el alcance del trabajo doméstico y llegó a la conclusión de que todavía existe en Europa la “esclavitud doméstica” de las mujeres. Una mujer togolesa de 15 años, residente ilegal en Francia, trabajaba todos los días de 7:30 de la mañana a 10:30 de la tarde sin paga alguna y obligada a dormir en un sofá con ropa vieja. El Comité contra la Esclavitud Moderna (*Comité contre l’esclavage moderne*) presentó la petición, alertado por una vecina. El caso se estudió en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). El Tribunal apuntó que incluso aunque las disposiciones del Código Penal Francés contemplaban “la prestación de servicios no remunerados”, no trataban específicamente el tema de los derechos garantizados por el Artículo 4 de la Convención Europea y eran incompatibles con la dignidad humana. El Tribunal subrayó que “entregar así a una niña (...), con el propósito de que se explote su trabajo, es similar a la práctica análoga a la esclavitud a la que hace referencia el Artículo 1(d) de la Convención Suplementaria de las Naciones Unidas de 1956”⁴⁶ y que la situación había “comprometido su educación e integración social”⁴⁷. Este caso es especialmente importante, no porque tiene relación con los derechos ESC, sino porque da un ejemplo de “servidumbre moderna”, vulnerabilidad y estado de dependencia: El razonamiento de la Corte fue el siguiente: El Caso Siliadin denunció estas nuevas formas de denigración de la dignidad humana como “esclavitud moderna”, especialmente en el caso de las personas migrantes.

40] Hay una serie de casos importantes que han sentado las bases para la prohibición del trabajo infantil, forzado o voluntario, incluso si viene causado por la necesidad económica. En los casos de la India *M.C. Mehta v. el Estado de*

40. *Minister of Health v Treatment Action Campaign (TAC)* (2002) 5 SA 721 (TC).

41. Por ejemplo, la resolución T-177 de 1999, la resolución T-840 de 1999 y la resolución T-772 de 2003, entre otras.

42. [1980] INSC 147 (5 de agosto de 1980), India.

43. Caso n° 19 del Tribunal de Apelación de Tanzania, 1983.

44. Caso *Bhe v. los Magistrados Khayelitsha y Ors*, 2005 (1) BCLR 1 (TC), 15 de octubre de 2004.

45. Caso *Siliadin v. Francia, Demanda n° 73316/01, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Sentencia*, Estrasburgo, 26 de julio de 2005.

46. *Siliadin v. Francia*, párr. 92.

47. *Siliadin v. Francia*, párr. 95.

Tamil Nadu y Ors y Bandhua Mukti Morcha v. la Unión de la India,⁴⁸ El Tribunal destacó que una consecuencia de la pobreza es que la infancia y la juventud se ve sujeta muchas formas visibles e invisibles de sufrimiento y discapacidad, y en concreto a la degradación y la privación sanitarias, intelectuales y sociales, y que esta explotación de su edad es perjudicial para la democracia, la estabilidad social, la unidad y la integridad de la nación.

41] El Tribunal recordó que “cuando el Parlamento y las correspondientes Legislaturas del Estado hacen promulgaciones relativas al bienestar, sólo están alimentando ilusiones y promesas irreales, a menos que tengan una implementación efectiva y conviertan el derecho del niño o niña forzada a trabajar en una realidad con sentido y feliz”. En consecuencia, prohibió el trabajo infantil y pidió que fueran implantados programas, principios y políticas educativas para la eliminación progresiva del empleo de menores de 14 años. En la misma línea, la decisión de la **Comisión Internacional de Juristas del Comité Europeo de Derechos Sociales v. Portugal** también tuvo un fuerte impacto en relación con el trabajo infantil en Portugal: se modificó la Constitución y el gobierno adoptó un plan para erradicar la explotación de trabajo infantil.⁴⁹

42] En el caso **Sheela Barse y Otros v. la Unión de la India y Otros**,⁵⁰ el Tribunal Supremo de la India emitió una orden que buscaba la cooperación de organizaciones no gubernamentales en la tarea de rehabilitación de niños y niñas con problemas físicos y mentales abandonados y hacinados en prisiones de “custodia de seguridad”.

43] Los siguientes capítulos desarrollan estas premisas. Demostrarán que el impacto directo y la influencia de las decisiones judiciales en las prácticas sociales es complejo y requiere la participación de otros agentes responsables de su implantación y verificación a nivel local. Las ONG (y otros agentes, como los medios de comunicación, por ejemplo) pueden llevar a cabo esta labor y proporcionar soluciones alternativas para el cumplimiento de las órdenes judiciales, desarrollando vías legales sobre el terreno y utilizando la “socialización de los derechos ESC”.

5. ¿CUÁL ES EL PAPEL DE LAS ONG EN EL AVANCE DE LA DEFENSA EN JUSTICIA?

44] En el globalizado mundo de hoy, hay otros agentes de la sociedad que juegan un papel en la revisión de los estándares constitucionales e internacionales, especialmente cuando están relacionados con los derechos ESC. No podemos hablar de reforzar los derechos ESC sin incluir a todos estos agentes en los “procesos de transformación”. De hecho, como se ha demostrado anteriormente, los derechos ESC “implican un

compromiso con la integración, la solidaridad y la igualdad e incluyen el abordaje de la cuestión de la distribución de la renta, todo lo cual es indispensable para la dignidad de los individuos y el libre desarrollo de su personalidad”.⁵¹

45] Por esta razón, el apoyo a los derechos ESC se ha convertido en uno de los objetivos principales de la lucha contra la pobreza, la impunidad, la exclusión social y la discriminación.⁵² A nivel nacional, se pueden mencionar cinco categorías de interpretación e implementación de los derechos ESC:

- (1) El nivel judicial, en el que los Tribunales definen los derechos y proporcionan reparación efectiva en caso de alegaciones de violación de los derechos humanos, desarrollado ampliamente en el punto anterior.
- (2) El nivel parajudicial compuesto por otros agentes –Defensores del Pueblo, defensores públicos y Comisiones de Derechos Humanos– que están más cercanos a la sociedad civil y actúan como “mediadores”. Ejercen una presión útil como lobby y proporcionan apoyo.
- (3) La rama legislativa, que traduce el marco internacional de derechos humanos en los estándares nacionales. Los legisladores y legisladoras crean el marco legal en el que los derechos humanos se transforman en un objetivo nacional.
- (4) La rama administrativa, que traduce las obligaciones legales en políticas, programas y proyectos.
- (5) Finalmente, la quinta categoría comprende a las ONG, las Instituciones nacionales de Derechos Humanos y la comunidad académica. Todos juegan un papel crucial en la lucha contra la pobreza local y en el avance y la definición de los derechos ESC por su composición, posición estratégica, capacidad de presión y control. Esta categoría constituye una “comunidad abierta de intérpretes”.

46] El papel y las labores de las ONG han crecido en el mundo actual; se han convertido en líderes en el apoyo a aquellos y aquellas que diseñan políticas, en el avance del apoyo a causas y su defensa en justicia, en proporcionar voz a las personas pobres y en reflexionar para proporcionar conocimientos reales. Su papel crucial a la hora de legitimar y dar voz a las bases en la lucha contra la pobreza es innegable. Han sentado los cimientos de una nueva forma de gobernanza desde abajo.⁵³ Las ONG han propuesto diferentes enfoques⁵⁴ en la lucha contra la pobreza: centrándose en el desarrollo, las causas de raíz de la pobreza, las consecuencias de la misma, la protección social y el empoderamiento, se han convertido en parte de un sistema multilateral que incluye su trabajo en todas sus estrategias, planes y acciones normativas.

47] En consecuencia, sus estructuras organizativas han empoderado su presencia a nivel político y local, permitiéndoles

51. J.K. Mapulanda-Hulston, Examining the justiciability of economic, social and cultural rights, *International Journal of Human Rights*, 4, 2002.

52. Véase P.J. Nelson y E. Dorsey, *New Rights Advocacy: changing strategies of development human rights NGOs*, Washington DC, Georgetown University Press, 2008.

53. Es importante no clasificar las ONG por tipos (por ejemplo, ONG de bienestar, ONG de desarrollo, ONG de empoderamiento o grupos de acción social, como aparece en *Addressing poverty: Indian NGOs and their Capacity. Enhancement in the 1990s*, de K. Ranjani Murthy and Nitya Rao (Nueva Delhi: FES, 1997), sino identificarlas por su estructura organizativa y entender su potencial para empoderar a las personas pobres. Sobre el papel de las ONG en una nueva gobernanza, véase por ejemplo: J. Plache, *Société civile: un acteur historique de la gouvernance*, C.L Mayer, Coll. Dossier pour un débat, abril de 2007.

54. P. Sparr and C. Moser, *International NGOs and Poverty Reduction Strategies: the contribution of an asset-based approach*, Global Economy and Development, Working Paper n° 8, Brookings Institution, Washington DC, 2007, pág. 23.

48. (1996) 6 SCC 756 y 21/02/1997, respectivamente. .

49. *Comisión Internacional de Juristas vs. Portugal, Comité Europeo de Derechos Sociales*, 9 de septiembre de 1999.

50. AIR 1986 SC 1773.

un mayor impacto y visibilidad especialmente en el ámbito de erradicación de la pobreza,⁵⁵ como por ejemplo a través de la creación de campañas, reuniones, publicación de informes, estudios y manuales paralelos, entre otras iniciativas.

48] De hecho, si bien la defensa en justicia implica el proceso de adjudicación de derechos por los tribunales, también implica la responsabilidad de otros agentes involucrados en la implementación de los principios y elementos fundamentales de tales derechos. En este sentido, las contribuciones y retos de las ONG son enormes, dado que las ONG “acompañan” la defensa en justicia de los derechos ESC. Su contribución a los fallos sobre derechos ESC puede ser enumerada de la siguiente manera:

- Capacidad para escuchar, compartir e interpretar las necesidades de las personas desfavorecidas
- Representación legal de demandas colectivas: posibilita multiplicar el impacto de una demanda individual como parte de una demanda colectiva
- Movilización comunitaria
- Amplia membresía
- Litigios precisos y estratégicos relacionados con los derechos ESC
- Interpretaciones innovadoras de los derechos ESC
- Defensa inestimable en el campo de los derechos ESC
- Provisión de buenas prácticas ejemplares relacionadas con los derechos ESC
- Control o seguimiento de las decisiones derivadas de demandas relacionadas con los derechos humanos y especialmente con los derechos ESC
- Mayor capacidad de financiación.

49] Los ejemplos de la participación de las ONG en la defensa en justicia son numerosos. En el caso argentino de la **Asociación Benghalensis y otros v. el Ministerio de Salud y Acción Social**⁵⁶, el apoyo de una coalición de ONG fue crucial para el fallo relacionado con la medicación del VIH en los hospitales públicos. La Corte Suprema estableció que el Estado está obligado a suministrar asistencia para el diagnóstico y tratamiento, y fue la participación de las ONG la que permitió que esta demanda individual se transformara en una demanda colectiva. Otro ejemplo es la intervención de una coalición de diferentes ONG en el caso de la **Campaña de Acción por el Tratamiento**, que dio lugar a un plan masivo de acción para acceder a tratamientos contra el VIH-SIDA, y que demostró que el acceso a una información correcta sobre la salud unido a los derechos, puede sentar bases para el empoderamiento de las personas marginadas, que empiezan a asumir tanto voz pública como visibilidad.⁵⁷ En **Bandhua Mukti Morcha v. la Unión de la India**, las ONG propugnaron directamente la abolición del trabajo infantil en la India. Un caso reciente, la **Federación Europea de Organizaciones que Trabajan con Personas Sin Hogar (FEANTSA) v. Francia**,⁵⁸ supuso un paso

importante en el avance del derecho a la vivienda en Francia, proporcionando las bases para su transformación en un derecho justiciable.

50] Las ONG también jugaron un papel crucial en otro caso que enfrentó a Nigeria con el Social and Economics Rights Action (SERAC) y el Center for Economic and Social Rights (CESR) (**Serac y CESR v. Nigeria**)⁵⁹ por la obligación de proporcionar un entorno saludable y la violación masiva del derecho al refugio de la comunidad Ogoni. En Canadá, en el caso de la **Corporación Municipal de Victoria v. Natalie Adams y otros**, relativo al derecho a una vivienda apropiada, el Centre of Poverty and Human Rights hizo una declaración inicial clara de apoyo a la postura de la parte demandada citando la relación entre la pobreza y los derechos humanos y la obligación del Estado derivada del derecho a una vivienda apropiada.⁶⁰

51] La acción de las ONG en favor de la defensa en justicia también ha sido especialmente importante en relación al desarrollo del Protocolo Facultativo del PIDESC recientemente adoptado. Se han hecho numerosas menciones y campañas en favor de la defensa en justicia de los derechos ESC⁶¹ que han impulsado la capacidad y responsabilidad significativas de las sentencias judiciales a la hora de proporcionar coherencia entre derechos humanos y de pedir cuentas a los gobiernos.⁶²

► RECOMENDACIONES A LAS ONG EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE NO DISCRIMINACIÓN Y PROTECCIÓN IGUALITARIA

1. Promover (presionando como lobby) la necesidad de desarrollar una legislación concreta que prevenga la discriminación
2. Desarrollar la conciencia en el campo de las acciones concretas para evitar toda forma de discriminación
3. Desarrollar programas regulares de formación y apoyar actividades inclusivas
4. Reconocer el derecho a la Consulta Previa como herramienta para crear leyes inclusivas que integren todas las necesidades de todos los y las titulares de derechos
5. Implicar a las ONG en las sentencias, la definición de los elementos básicos de los derechos ESC y en su control
6. Complementar el enfoque de las violaciones con la implicación en los fallos y la definición de estrategias.

55. A. Kumar, J. Aart Scholte, M. Kaldor, M. Glasius, H. Seckinelgin, H. Anheier, *Global Civil Society 2009: poverty and activism*, Londres, Sage, 2009.

56. Corte Suprema de Argentina, Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social, Estado nacional s/amparo, 1 de junio de 2000 o Corte Suprema de Argentina, Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. el Ministerio de Salud, 18 de diciembre de 2003.

57. Sin embargo, habría sido adecuado iniciar un proceso de rendición de cuentas a posteriori, dado que el caso TAC no se implementó siguiendo el fallo.

58. Denuncia n° 39/2006, resolución en cuanto al fondo del 5 de Diciembre de 2007.

59. Comunicación N. 155/96, 13-27 de octubre de 2001.

60. Caso CA 36551 S.C.B.C. n° 05 4999. La intervención del Poverty and Human Rights Centre se puede consultar en: http://povertyandhumanrights.org/wp-content/uploads/2009/04/PHRC_Factum_Adams.pdf

61. Véase la Hoja Informativa n° 3 de la Coalición Internacional de ONG por un Protocolo Facultativo al PIDESC “The justiciability of economic, social and cultural rights: national, regional and international experiences”, disponible en: http://www.escri-net.org/resources_more/resources_more_show.htm?doc_id=431216 Véase también Litigating economic, social and cultural rights: legal practitioners dossiers, COHRE, 2006, disponible en: http://www.equalinrights.org/uploads/tx_wizzresources/COHRE_2006_Litigating_ESCRs_Practitioners_Dossier.pdf

62. Véase por ejemplo la Hoja Informativa n° 7, Coalición por un Protocolo Facultativo al PIDESC, “The question of justiciability”.

EJERCICIOS

- 1) En su opinión, ¿qué papel juegan los y las jueces en el avance de los derechos humanos? ¿Son sólo responsables de la verificación de los derechos humanos? Justifique su respuesta.
- 2) Analice el sistema legal de su propio país. ¿Permite los litigios estratégicos relacionados con los derechos ESC? Si no es así, ¿qué procedimientos buscan la protección de los derechos humanos y de los derechos ESC en particular?
- 3) Por favor, proporcione respuestas concretas sobre cómo las ONG pueden tener una influencia eficaz en la lucha contra la pobreza utilizando los derechos humanos. Cite cinco ejemplos extraídos de su propia experiencia.

Capítulo III:

Aclaraciones conceptuales sobre los derechos económicos, sociales y culturales

- 37 –
1. Los derechos económicos, sociales y culturales (ESC) y los derechos civiles y políticos (CP) en la lucha contra la pobreza
- 38 –
2. Obligaciones de los Estados
a. Obligación de respetar
b. Obligación de proteger
c. Obligación de cumplir
- 41 –
3. Los deberes de efecto inmediato: la no discriminación y la protección igualitaria
- 43 –
4. Enfoque básico mínimo sobre los derechos ESC
5. La realización progresiva de los derechos ESC
- 45 –
6. La prohibición de medidas regresivas
7. Cláusula de máximos recursos disponibles

CAPÍTULO III: ACLARACIONES CONCEPTUALES SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES



El presente capítulo busca clarificar el contenido de los derechos ESC, las obligaciones de los Estados que derivan de su avance y su relación con los derechos civiles y políticos. Como los derechos ESC y los derechos civiles y políticos son indivisibles e interdependientes, ambos contienen obligaciones positivas y negativas. Este capítulo examina esta división tripartita de las obligaciones del Estado y proporciona una explicación del significado y el alcance del contenido básico mínimo de los derechos ESC, que constituye una plataforma para las estrategias y los laudos antipobreza. Destaca en especial la relación entre las obligaciones del Estado derivadas de los derechos ESC y el enfoque básico mínimo, que proporciona directrices para un control judicial. Por último, este capítulo explora el principio de la realización progresiva de los derechos ESC como elemento básico de la lucha contra la pobreza.

1. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (ESC) Y LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (CP) EN LA LUCHA CONTRA LA POBREZA

1] El incremento de los niveles de disfrute y respeto de los derechos ESC empodera la lucha contra la pobreza, ya que dichos derechos están relacionados directamente con el derecho a una vida digna, es decir, a la dignidad humana y a la valía del individuo. La pobreza priva a los seres humanos de sus necesidades básicas y los coloca en situación de vulnerabilidad. Las personas en pobreza no tienen derechos: esta “injusticia” vincula la pobreza directamente con el concepto de dignidad: cuando las personas no pueden cubrir satisfactoriamente sus necesidades básicas – como el alimento, el vestido, la asistencia médica, el agua, una vivienda apropiada – son incapaces de vivir una vida digna o de disfrutar un nivel de bienestar como seres humanos. Es innegable que los esfuerzos que han hecho los gobiernos por lograr cotas de referencia en el desarrollo de la educación, el acceso al agua, una vivienda apropiada y el acceso a una alimentación adecuada, por ejemplo, constituyen pasos progresivos en el reconocimiento de los derechos humanos. Pero para que se puedan tomar como avances efectivos en la lucha contra la pobreza, las políticas tienen que llegar a los grupos más

pobres y excluidos de la sociedad.¹ Como por ejemplo en el caso de la India *Indra Sawhney v. la Unión de la India*,² el Tribunal Supremo de la India observó que, para erradicar la pobreza, es necesario garantizar una asistencia médica “gratuita”, una educación, el acceso al empleo, la vivienda, unas reformas agrarias y agua gratuita para eliminar desigualdades.

2] Por lo tanto, los derechos ESC son “un componente integral de las estrategias de reducción de la pobreza”, y es por ello que el Alto Comisionado para los Derechos Humanos ha presentado los derechos humanos que tienen una especial importancia en la pobreza: el derecho al trabajo, una alimentación adecuada, una vivienda adecuada, la salud, la educación, la seguridad personal y la intimidad, el acceso igualitario a la justicia, y los derechos y libertades políticas. Los derechos ESC abordan la pobreza proporcionando unos niveles mínimos esenciales de servicios básicos y garantizando el respeto de los derechos humanos vinculados directamente con la dignidad humana, así como de las obligaciones básicas mínimas. Por esta razón, se espera que el avance de los derechos ESC proporcione una base común para mitigar la pobreza.

3] El Capítulo 1 ya define la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. No obstante, se ha asumido tradicionalmente que los derechos civiles y políticos imponen obligaciones negativas, mientras que los derechos económi-

1. D.A. Reidy y M.N.S. Sellers (eds) *Universal Human Rights: moral order in a divided world*, Lanham (Md), Rowman y Littlefield, 2005.

2. 1997 supp (3) SCC 217.

cos, sociales y culturales imponen obligaciones positivas. Sin embargo, se ha aclarado posteriormente que todos los derechos humanos incluyen obligaciones negativas y positivas. Han sido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en las directrices de sus Observaciones Generales y las Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales los que han aclarado este punto. Así, el Comité ha subrayado la necesidad de tratar los derechos ESC y los derechos civiles y políticos de igual manera, y ha calificado de arbitraria la adopción de una clasificación rígida de derechos ESC y derechos civiles y políticos.

4] De hecho, como todos los derechos humanos son independientes y están interrelacionados, son aplicables a todos los seres humanos y deberían ser tratados como iguales por todos los agentes de derechos humanos y los Estados. El próximo **Protocolo Facultativo (OP) del PIDESC** también indica argumentos adicionales para considerar equiparables los derechos ESC y los derechos civiles y políticos. Más aún, como ya se vio en el Capítulo 2, la defensa en justicia de los derechos ESC constituye un avance importante en el logro de los objetivos relacionados con los bienes sociales. En resumen, todos los derechos humanos son justiciables y pueden ser exigidos.

5] Esto mina la clasificación en derechos ESC y derechos civiles y políticos, ya que los derechos ESC no sólo son justiciables sino que están interrelacionados con los derechos civiles y políticos, de los que son indivisibles. De la misma manera, éstos últimos tienen implicaciones con los derechos ESC, ya que las violaciones de los derechos civiles y políticos están vinculadas intrínsecamente con las violaciones de los derechos ESC: Por ejemplo, el caso *Airey v. Irlanda*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que “no existe una división hermética entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales”.³

6] En el caso *Hijirizi Dzemajl et al v. Yugoslavia*⁴ relativo al incendio de un asentamiento rumano, el Comité contra la Tortura consideró que la quema y destrucción de viviendas en esas circunstancias constituía un acto de castigo cruel, inhumano o degradante. En consecuencia, la incapacidad del Estado para proteger a las comunidades rumanas, así como para reparar y compensar a las víctimas, violó el Artículo 16 de la Convención contra la Tortura.

7] Siguiendo el razonamiento aportado en el Capítulo I, el empoderamiento legal a través de los derechos humanos es una herramienta que puede ayudar a las personas a salir de la pobreza. Por esta razón, es imperativo adoptar una estrategia unificada respecto a los derechos humanos, ya que “la capacidad de ejercer el derecho propio a la alimentación, la vivienda, el vestido la asistencia médica y la educación a través del ejercicio del derecho a la participación, la expresión y otros derechos civiles y políticos es vital para los individuos, si es que se espera que dejen de ser pobres y que la sociedad erradique la pobreza.”⁵

8] Esta importante declaración sobre la relación entre los derechos ESC y los derechos CP y su impacto sobre la lucha contra la pobreza también constituye una reacción contra esa mentalidad que realiza la clasificación de dos visiones de los derechos humanos que aparece en la adopción de los dos Pactos de 1966.⁶

2. LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS⁷

9] Es esencial examinar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados a la luz de los estándares nacionales e internacionales de derechos humanos, precisamente para comprender qué se puede y se debe esperar de los Estados.⁸ Los **Principios de Limburgo** sobre la Implementación del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptados en 1986) así como las **Directrices de Maastricht** (adoptadas en 1997), ambos documentos elaborados por un grupo de expertos en derecho internacional, han arrojado luz sobre la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes presentadas en el Artículo 2 del PIDESC.

10] Teniendo en cuenta estas propuestas, los derechos ESC imponen dos clases de obligaciones a los Estados: la **obligación de comportamiento**, que demanda de los Estados que den pasos concretos hacia el cumplimiento pleno de los derechos ESC y que es de aplicación inmediata; y la “obligación de resultado”, que demanda un efecto específico y que se suele llevar a cabo progresivamente. La obligación de resultado lleva implícito un debate sobre los recursos disponibles, que se abordará más tarde.⁹

11] Respecto a la primera obligación, los pasos debería ser **deliberados, concretos y específicos**¹⁰ y, ante todo, ir vinculados a las medidas legislativas necesarias para la implementación plena de los derechos ESC. Los derechos ESC también abarcan **medidas administrativas, financieras, educativas y sociales**¹¹ que tienen en cuenta “todos los medios apropiados”, incluidos los recursos judiciales, según lo especifica la Observación General n° 3.¹² Es en este punto en el que los tribunales, las instituciones de derechos humanos y las ONG

6. Se recurre a circunstancias ideológicas y políticas – como el Final de la Guerra Fría – para comprender la división de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales en dos pactos. Para más detalles sobre la historia de la redacción de los dos pactos, véase M. Sepúlveda, “The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, Intersentia, 2003 pág. 116–36.

7. Véase P. Alston y G. Quinn, “The nature and scope of State Parties: obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, 9(2), mayo de 1987, pág. 156–229. Véase también Sepúlveda op.cit, Capítulo IV, y A. Eide, C. Krause y A. Rosas (eds) *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights: a textbook*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 2001.

8. Véase Los Principios de Limburgo (1986), especialmente los principios 17 y 18, en el doc. de la ONU E/CN.4/1987/17, Anexo; *Human Rights Quarterly*, Vol. 9 (1987), pág. 122–35; y las Directrices de Maastricht (1998).

9. El Comité ya ha subrayado que esta declaración no implica ninguna forma específica de sistema económico y político.

10. Véase el párr. 2 de la Observación General n° 3 respecto a la “Índole de las Obligaciones de los Estados Partes”.

11. Párr. 7 de la O.G. n° 3.

12. Párr. 5 de la O.G. n° 3.

3. Caso *Airey v. Irlanda*, Demanda n° 6289/73, 9 de octubre de 1979, párr. 26.

4. Comunicación del TEDH n° 161, 2000.

5. Véanse las propuestas de S. Skogly en: Is there a right not to be poor? *Human Rights Law Review*, 2(1), 2002, pág. 59–80.

juegan un papel importante, ya que sus acciones pueden proponer vías y medios adicionales que ayuden a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones

12] La **obligación de resultado** requiere que el Estado logre una meta específica, como la reducción del trabajo infantil o la mortalidad materna. La realización progresiva de los derechos ESC suele ir vinculada a la obligación de resultado y proporciona más flexibilidad a los Estados para garantizar el disfrute de los derechos en un periodo de tiempo razonable. No obstante, requiere un apoyo financiero y técnico, además de otros tipos de esfuerzo, para garantizar que el Estado pueda cumplir con sus obligaciones.

13] Todos los niveles de obligación se han especificado en una tipología tripartita elaborada por el CESCR: respetar, proteger y cumplir.¹³ En el caso de algunos derechos, la obligación de cumplir incluye dos obligaciones más: la obligación de **facilitar** y de **proveer**, como se afirma, por ejemplo, en la Observación General n° 12 relacionada con el derecho a la alimentación. El mundo académico ha propuesto también una cuarta categoría de deberes, la obligación de “promover”, que busca lograr objetivos a largo plazo. Así, las diferentes categorías de deberes de los Estados son interdependientes y están interrelacionadas. En lo sucesivo, seguiremos la tipología tripartita, ya que ha sido desarrollada por el Comité. En los capítulos siguientes, se aplicarán las especificaciones correspondientes a las categorías adicionales cuando sea necesario.

14] En resumen, las tres obligaciones pueden describirse de la siguiente manera: la obligación de **respetar** requiere de los Estados que se abstengan de interferir en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. La obligación de **proteger** requiere de los Estados que prevengan las violaciones de dichos derechos por terceros. Finalmente, la obligación de **cumplir** requiere del Estado que tome las apropiadas medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otra índole que conduzcan a la plena realización de los derechos mencionados, interpretándose que la doctrina internacional ya ha aceptado que las medidas legislativas no son suficientes por sí solas.¹⁴

a. Obligación de respetar

15] La **obligación de respetar** requiere que los Estados no interfieran directa ni indirectamente con el disfrute de los derechos económicos o sociales. Esta obligación es esencialmente negativa por naturaleza, en el sentido de que el Estado no ha de llevar a cabo ninguna acción que reduzca el disfrute de cualquier derecho económico o social dado, excepto por causas justificadas. Esta obligación de respetar es de efecto inmediato (por ejemplo, al ratificar el PIDESC) y no es objeto de realización progresiva. Esta obligación comprende los siguientes elementos:

- (1) Abstenerse de injerir en el disfrute de los derechos ESC existentes
- (2) Abstenerse de impedir el acceso a los derechos ESC y
- (3) Mitigar el impacto de injerencias en el disfrute de los derechos ESC.

16] Encontramos **ejemplos de abstención de injerencia en el disfrute de los derechos ESC existentes** en laudos nacionales. En Sudáfrica por ejemplo, en el caso *Jaftha v. Schoeman y otros*,¹⁵ *Van Rooyen v. Stoltz y Otro*,¹⁶ relativos a una ley que permite la venta en ejecución de sentencia de viviendas de personas que no han pagado sus deudas, el tribunal afirmó que la Ley de la Magistratura 32 de 1944, que trata de la venta de propiedades en ejecución de sentencia para satisfacer una deuda, viola la garantía de tenencia, y la obligación de respetar el derecho a tener acceso a una vivienda apropiada. En el caso de la *Asociación Benghalensis y otros c. el Ministerio de Salud y Acción Social*,¹⁷ relacionado con el acceso a medicamentos de las personas con VIH-SIDA, la Corte Suprema de Argentina subrayó las obligaciones del Estado de abstenerse de injerir y de actuar positivamente en la promoción del disfrute de derechos en tales casos.

17] Se han desarrollado **ejemplos de abstención de impedimento al acceso a los derechos ESC** en el caso del *Ministerio de Salud v. la Campaña de Acción por el Tratamiento (TAC por sus siglas en inglés)*, en el que los tribunales subrayaron que el Estado tiene la obligación positiva de proporcionar acceso a la asistencia médica. El tribunal dictaminó que no disponer de Nevirapina en los centros públicos de salud para prevenir la transmisión maternoinfantil del VIH no era razonable, y afirmó que las medidas del Estado “no supieron cubrir la necesidad de las madres y los neonatos que no tienen acceso a los centros” en los que la Nevirapina está disponible.¹⁸

18] Encontramos supuestos similares en el caso *Khosa y otros v. el Ministerio de Desarrollo Social y Otros*.¹⁹ En este caso, la Ley de Asistencia Social 59 de 1992 limitaba la adjudicación de becas sociales por edad a la ciudadanía sudafricana, impidiendo que los hijos e hijas de la ciudadanía no sudafricana que cumplían las condiciones como solicitantes pudieran pedir una de las becas de cuidado infantil disponibles para los niños y niñas sudafricanas.²⁰ Otro caso sudafricano, los *Residentes de Bon vista Mansions v. la Ciudadanía del Consejo Metropolitano del Sur*, relacionado con el derecho al acceso al agua desarrolló el mismo razonamiento. El Alto Tribunal de Sudáfrica sostuvo que desconectar el servicio de suministro

13. Esta tipología tripartita deriva de las propuestas que el filósofo político Henry Shue desarrolla en su trabajo de 1980 *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*. El autor propone tres derechos básicos: seguridad física, subsistencia y libertad. Además, propone tres tipos de deberes: evitar privar a las personas de sus derechos; protegerlos de dicha privación por parte de otros; y ayudar a aquellos y aquellas que ya han sido privados/as de sus derechos. Esta propuesta se adaptó posteriormente a la tipología tripartita de respetar, proteger y cumplir.

14. Véanse las Directrices de Maastricht, párr. 6.

15. Estos casos fueron realmente cruciales en la protección de las personas pobres. En el caso *Jaftha*, la señora *Jaftha* era una mujer desempleada, con problemas de salud (problemas cardíacos y de presión sanguínea), pobre y con nivel educativo bajo. Tenía dos niños y había solicitado un subsidio estatal para vivienda que le fue concedido y con el que compró una casa. Después de varios pagos, dejó de abonar la deuda, y tras una hospitalización descubrió que su casa iba a ser vendida en ejecución de sentencia para cubrir la deuda pendiente. En el segundo caso, la señora *Van Rooyen* era también una mujer pobre, sin educación, sin empleo y con tres niños. No podía pagar su deuda.

16. 2005 (1) BCLR 78 (TC).

17. Corte Suprema de Argentina, *Asociación Benghalensis y otros c. el Ministerio de Salud y Acción Social*, Estado nacional s/amparo, 1 de junio de 2000.

18. Véanse los párr. 67 y 80.

19. 2004(6) BCLR 569 (TC); 4 de marzo de 2004.

20. Véase también el caso *Mashava v. el Presidente de la República de Sudáfrica*, 2004 12 BCLR 1243 (TC).

de agua por el impago de las tasas era una violación de la obligación de respetar el acceso al agua establecido en el capítulo 27 de la Constitución y la Ley de Servicios de Agua.

19] Entre los **ejemplos de mitigación del impacto de una injerencia en el disfrute de los derechos ESC** se encuentran las sentencias relacionadas con la obligación de proveer un alojamiento alternativo durante o después de un desalojo. Podemos referirnos al caso de los y las **Ocupantes Ilegales de Modderfontein v. la Modderklip Boerdery LTD**²¹, que ilustra la obligación del Estado de proteger el derecho a la vivienda de los y las ocupantes ilegales proporcionándoles alojamiento alternativo. En la misma línea, en el caso **Serac y CESR v. Nigeria (Caso Ogoni)**,²² la Comisión Africana estableció que la matanza y destrucción por parte de fuerzas gubernamentales y agentes de la compañía petrolera controlada por el Estado violó la obligación de Nigeria de respetar el derecho a la vida y a la dignidad de las personas, el derecho a la salud, a la propiedad, al refugio y a la alimentación, así como el derecho al desarrollo económico, social y cultural de la comunidad Ogoni.

b. Obligación de proteger

20] La obligación de **proteger** requiere que los Estados eviten que terceros o agentes no estatales u otros Estados, incluidas las organizaciones intergubernamentales, violen el disfrute de los derechos económicos y sociales. Entre los terceros o los agentes no estatales se cuentan particulares, grupos, propietarios, corporaciones, otros Estados u otras entidades así como aquellos agentes que actúen bajo su autoridad. Esta obligación incluye, *inter alia*, la adopción de las medidas legislativas, normativas y de otra índole que sean necesarias y eficaces para impedir que tales terceros y agentes no estatales interfieran o violen de otro modo los derechos económicos y sociales; la investigación, persecución y rendición de cuentas de aquellas entidades que violaron los derechos económicos y sociales; y el resarcimiento de las víctimas de dichas violaciones. Esta obligación de respetar es de efecto inmediato (por ejemplo, al ratificar el PIDESC) y no es objeto de realización progresiva. El deber de proteger consta de los siguientes elementos:

- (1) El deber de proteger el disfrute de los derechos ESC contra la injerencia de terceros
- (2) El deber de garantizar el acceso a recursos jurídicos en los casos en que se alegue una violación de derechos ESC por el Estado y agentes no estatales, y
- (3) El deber preventivo de evitar la violación de los derechos ESC.

21] Hay ejemplos numerosos de casos que buscan protección ante injerencias de terceros, en especial, casos que involucran agentes privados tales como sociedades, empresas, empleadores/as o proveedores de servicios que obstaculizan el disfrute de un derecho. En el **Caso Ogoni**, el Estado incumplió su deber de impedir la contaminación causada por la empresa petrolera. El incumplimiento del deber de proteger constituye una violación del derecho a un ambiente sano. En los casos de la India **M.C. Mehta v. el Estado de Tamil Nadu y Otros** y

Bandhua Mukti Morcha v. la Unión de la India, el Tribunal Supremo de la India protegió a los niños y niñas pobres del trabajo infantil, subrayando la obligación del Estado de proteger a las personas vulnerables de tales abusos. En el caso **Z y otros v. el Reino Unido**²³ relacionado con el incumplimiento de los servicios sociales de atender los malos tratos, se desarrolló la obligación de proteger, clarificando específicamente el deber de los servicios de salud privados.

c. Obligación de cumplir

22] Bajo la obligación de **cumplir**, los Estados están obligados a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles para conseguir progresivamente el cumplimiento de los derechos contenidos en el PIDESC. Esta obligación puede dividirse en las obligaciones de facilitar, promover y proveer. La obligación de facilitar requiere que el Estado tome medidas positivas para atender a individuos y comunidades para que disfruten del derecho en cuestión. La obligación de promover compromete al Estado a tomar medidas para garantizar que se realiza una educación adecuada en lo que respecta al derecho en cuestión. Los Estados también están obligados a cumplir con el derecho en cuestión (proveer) cuando, por motivos fuera de su control, los individuos o grupos son incapaces de ejercer dicho derecho por sí mismos utilizando los medios a su disposición. La obligación de cumplir implica los siguientes elementos:

- (1) El deber de tomar medidas para mejorar el cumplimiento de un derecho, y
- (2) La adopción de medidas apropiadas e idóneas para mejorar el acceso al mismo.

23] La **consecución** de un derecho pone los medios para su total disfrute. Aun así, la obligación de cumplir va más allá de un enfoque de estricta obligación y requiere acciones holísticas e integradoras de mayor alcance, entre las que se cuentan la existencia de reformas legales, instituciones nacionales independientes, agendas nacionales exhaustivas, asignación de recursos, control, educación, sensibilización, actividades formativas e implicación de la sociedad civil. El Comité de los Derechos del Niño ha contribuido a esclarecer el contenido de esta obligación, estableciendo que el cumplimiento pleno de los derechos del niño requiere la puesta en marcha de medidas legislativas, administrativas y de otra índole, incluida la defensa en justicia de los derechos, las estrategias nacionales globales y la verificación y coordinación a todos los niveles.²⁴

24] En lo que respecta a la procedencia o adecuación de las medidas, los tribunales juegan un papel importante en esta difícil tarea, evaluando políticas y desarrollando estándares justiciables con el fin de avanzar en la promoción y protección de los derechos humanos. En este contexto, las ONG son indispensables para verificar el cumplimiento efectivo de los derechos humanos. En el **caso TAC**, anteriormente mencionado, la decisión del Tribunal Constitucional de Sudáfrica llevó al gobierno a implantar uno de los mayores programas de prevención de la transmisión materno-infantil del VIH-SIDA.

21. 2004 6 SA 40 (SCA).

22. Comunicación N. 155/96, octubre de 2001.

23. TEDH 2001.

24. Véase la Observación General n° 5 de la CDN sobre las Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

25] En el caso *Khosa Y Otros v. el Ministerio de Desarrollo Social*, el Tribunal sudafricano estableció que todo individuo tiene derecho de acceso a la seguridad social y concluyó que la exclusión del programa legislativo de las personas con residencia permanente constituía una violación de dicho derecho. Este fallo ha tenido efecto en la protección de los derechos de al menos 250.000 personas en Sudáfrica. La República Bolivariana de Venezuela llegó a la misma decisión en el caso *Cruz Bermúdez c. el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*. El Tribunal analizó la obligación del Estado de proveer medicación retroviral a pacientes que padecen VIH-SIDA y sostuvo que no suministrar tales medicamentos era una violación del derecho a la salud.

26] Otro caso reflejó la obligación del gobierno de facilitar asistencia médica a las personas vulnerables. En el caso *del Free Legal Assistance Group y Otro v. Zaire*,²⁵ la Comisión Africana afirmó que una atención médica y material insuficiente a las personas detenidas en una institución de salud mental constituye una violación del derecho a la salud. La Comisión subrayó que los gobiernos deberían tomar medidas para el total cumplimiento de dicho derecho. En Colombia, la resolución *T-025 de 2004* del Tribunal Constitucional ordenó al gobierno que tomara medidas para terminar con la situación irregular de miles de personas víctimas de un desplazamiento interno forzado, aplicando el concepto de “estado de cosas inconstitucional” y ordenó la corrección de una situación de exclusión y violación de sus derechos.²⁶

27] Todas estas obligaciones han resultado ser justiciables de un modo u otro, y los tribunales y otras entidades han hecho cumplir tanto los aspectos positivos como los negativos de los diferentes deberes. De manera paralela a estas obligaciones, los principios de no discriminación y protección igualitaria prohíben toda distinción, limitación, exclusión o restricción en la ejecución de las obligaciones de los Estados tanto para con las autoridades públicas como para con los individuos particulares.

3. LOS DEBERES DE EFECTO INMEDIATO: LA NO DISCRIMINACIÓN Y LA PROTECCIÓN IGUALITARIA

28] Cuando se analizan los elementos relacionados con la vulnerabilidad, los principios de no discriminación y de protección igualitaria aparecen en el núcleo de los procesos de distribución de poder, autoridad, aptitud y capacidad de respuesta de una sociedad. Los principios de no discriminación y protección igualitaria son deberes de “efecto inmediato” y constituyen elementos básicos en el cumplimiento de los derechos humanos.

29] Hay diferentes instrumentos y órganos creados en virtud de un tratado que mencionan el principio de no discriminación. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

considera que el término “discriminación” debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.²⁷

30] Esta definición ha sido trasladada a sistemas regionales de derechos humanos, como por ejemplo, por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que estudió un caso relacionado con una disposición interna que indicaba que toda persona que deseara optar al cargo de presidente debía probar que tanto el padre como la madre eran zambianos por nacimiento o descendencia. La Comisión estableció que la ciudadanía debería esperar un trato justo y equitativo por parte del sistema legal y tener la seguridad de recibir un trato igualitario ante la ley e igual disfrute de los derechos a disposición del resto de la ciudadanía. El derecho a la igualdad es importante por una segunda razón: la igualdad o su ausencia afecta a la capacidad del individuo de disfrutar de muchos otros derechos.²⁸

31] O por la Corte Interamericana, que declaró en relación con la discriminación, que: un Estado no incurriría en discriminación en las diferencias de trato a las personas cuando la clasificación elegida se basara en diferencias sustanciales de hecho y existiera una relación de proporcionalidad razonable entre dichas diferencias y las metas de la norma legal objeto de revisión. Estas metas no podrán ser injustas o poco razonables, es decir, no podrán ser arbitrarias, caprichosas, despóticas o estar en conflicto con la unidad y dignidad de la humanidad

32] El principio de no discriminación refuerza el principio de protección igualitaria y se compone de obligaciones negativas y positivas.²⁹ Las obligaciones negativas consisten en el rechazo a crear distinciones legales entre grupos de la sociedad o a adoptar normas que beneficien a grupos específicos. Las obligaciones positivas incluyen todos los pasos hacia la eliminación de cualquier distinción (*de iure* o *de facto*) entre grupos (prejuicios, condiciones).³⁰ No obstante, no todas las diferencias de tratamiento en sí mismas ofenden la dignidad humana o constituyen una fuente de discriminación.³¹ En este sentido, por ejemplo, algunas jurisdicciones han subrayado que el principio de igualdad refleja la idea de “tratar igualmente lo que es igual y desigualmente lo que es desigual”.³²

33] Con el fin de aclarar el asunto, es importante examinar los diferentes motivos a la hora de hablar de discriminación,

25. (2000) AHRLR 74 (CADHP 1995).

26. Véase el Capítulo 2, cuadro sobre la “aplicación forzosa judicial de las obligaciones positivas” y el párr. 32.

27. ONU, Consejo de Derechos Humanos (antiguo Comité de DH de la ONU), Observación General n° 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7.

28. Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación n°: 211/98 – *Legal Resources Foundation v. Zambia*, párr. 63.

29. Véase la Observación General n° 20 relativa a la no discriminación en los derechos económicos, sociales y culturales (Artículo 2, párr. 2).

30. Véase la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos de México en relación con la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”.

31. Véase el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Bélgica v. Bélgica* “relativo a ciertos aspectos de las leyes en el uso de los idiomas en la educación de Bélgica”, Sentencia del 23 de julio de 1968, Serie A de 1968, párr. 10.

32. *Thlimmenos c. Grecia* [GC], n° 34369/97, CEDH 2000-IV, § 44.

y combinar este análisis con el cumplimiento de los derechos ESC. Esta combinación ayudará a determinar si existe una práctica discriminatoria, sea de *iure* o *de facto*. Diferentes ejemplos de jurisprudencia arrojan luz sobre este asunto. Por ejemplo, se estudiaron acciones discriminatorias en el campo de la educación en el caso *Oliver L. Brown et al v. el Consejo de Educación de Topeka (KS) et al*³³. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró que la naturaleza discriminatoria de la segregación racial “viola la 14ª enmienda de la Constitución de los EE.UU., que garantiza protección igualitaria ante la ley a toda la ciudadanía”. Este caso sentó las bases para posteriores políticas nacionales e internacionales decisivas en relación con los derechos humanos y la no discriminación, y tuvo gran implicación ideológica y social en la práctica legal.

34] Otros ejemplos incluyen políticas discriminatorias contra las mujeres en el puesto de trabajo, como en el caso *Ylimaz Dogman v. los Países Bajos*.³⁴ El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial indicó que el Estado debería castigar la discriminación, en particular la realizada contra las mujeres en entornos laborales privados. O las prácticas discriminatorias en relación con el derecho de las personas a acceder a lugares públicos, como en el caso *Miroslav Lacko v. Eslovaquia*, relativo a la negativa del propietario de un restaurante a permitir el acceso a personas romaníes.³⁵

35] Se han hecho importantes avances en relación a la discriminación por motivos de orientación sexual gracias al apoyo de la sociedad civil. La Observación General adoptada n° 20³⁶ del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU incluyó la orientación sexual y la identidad de género como motivos de no discriminación, declarando que los Estados deberían garantizar que la orientación sexual de una persona no sea una barrera para el cumplimiento de los derechos del Pacto, por ejemplo, a la hora de acceder a los derechos de pensión de viudedad, y que “aquellas personas que son transgénero, transexuales o intersexo se enfrentan a menudo a graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en los colegios o en los lugares de trabajo u otros”.

36] A estos ejemplos se añade que algunos tribunales han examinado las implicaciones financieras de medidas especiales para grupos específicos en base al principio de no discriminación. En el caso *Egan v. Canadá*, el tribunal consideró que impedir a un grupo beneficiarse de la asignación conyugal prevista en la Ley de Beneficios de la Tercera Edad basándose en la orientación sexual no era necesariamente una violación de la cláusula de no discriminación del Capítulo 15 de Carta Canadiense. El tribunal sostuvo que las implicaciones financieras de este caso, relativas a la ampliación de los beneficios, no podían servir de argumento para justificar la existencia de una violación de derechos. Por el contrario, en el caso *Eldridge v. el Fiscal General de Columbia Británica*, el tribunal estimó que no facilitar un intérprete de lenguaje de signos a las personas sordas en los servicios médicos del Estado de Columbia

Británica, que únicamente supone un 0,0025% del presupuesto provincial, constituye una violación del derecho a la salud.

37] En relación con grupos vulnerables como los niños y niñas con discapacidad (niños y niñas con autismo), el Comité Europeo de Derechos Sociales, en el caso de la *International Association Autism Europe v. Francia*³⁷ consideró que la proporción de niños y niñas con autismo educados en los colegios de Francia (centros de educación general o especial) era inferior a la de otros niños y niñas, y que llevaría más de 100 años borrar el déficit de las listas de espera oficiales de niños y niñas necesitadas. El Comité dictaminó que, si bien se permitía al gobierno cierta flexibilidad, el cumplimiento de los derechos sociales debe darse en “un plazo razonable de tiempo, con un avance mensurable y hasta un nivel acorde con los máximos recursos disponibles”. Y concluyó que la falta general de avance del Gobierno en esta área constituía una violación de la Carta sobre el derecho a la educación de la infancia, de las personas con discapacidad y de la juventud, así como del derecho de toda persona a la no discriminación.

▶ EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

El derecho a la consulta previa fue reconocido en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Ha tenido implicaciones relevantes para los países latinoamericanos debido a su carácter étnico y multicultural. El Convenio establece que los Gobiernos deben consultar a estos pueblos utilizando procedimientos adecuados e instituciones representativas a la hora de aplicar las disposiciones de mismo, así como asegurarse de que participan en su proceso de desarrollo. Con el fin de lograrlo, han de consultar a la comunidad para garantizar que los pueblos indígenas y tribales tengan derecho a decidir sus propias prioridades. La consulta debe ser llevada a cabo “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

Este principio ha sido trasladado a marcos legales nacionales e integrado en estrategias de control judicial para luchar contra la discriminación y la exclusión. El Tribunal Constitucional de Colombia ha desarrollado ampliamente la consulta previa como principio de integración en sus dictámenes *T-131 de 2006* y *C-030 de 2008*, especialmente en relación con grupos minoritarios.

38] En Sudáfrica, el principio de protección igualitaria se ha relacionado con la razonabilidad. De hecho, el capítulo 9(1) de la Constitución de Sudáfrica dispone que: “Todos son iguales ante la ley y tienen igual derecho a la protección y los beneficios de la ley”. En *Prinsloo v. Van der Linde y Otro*,³⁸ el Tribunal Constitucional definió que el estándar para comprobar la validez de la diferenciación según los términos del capítulo 9(1) era la razonabilidad y declaró que se espera del Estado que actúe de forma racional cuando se le presenten formas de diferenciación a fin de que evite cualquier acción arbitraria o que manifieste “marcadas preferencias” que no sirvan al propósito legítimo del Gobierno. El tribunal declaró que el propósito de la igualdad es garantizar que el Estado esté obligado a funcionar de manera racional. En Canadá se ha desarrollado el mismo tipo de enfoque en los desarrollos

33. Caso de 1954. En este caso, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos combinó cinco casos en el caso de Brown. Véase también el caso *Roberts v. la Ciudad de Boston* en 1849.

34. Comunicación N. 1/1984 (29 de septiembre de 1988). Véase también *F. H. Zwaan-de Vries v. los Países Bajos*, Comunicación n° 182/1984, Documento de la ONU CCPR/C/29/D/182/1984 del 9 de abril de 1987.

35. CERD/C/59/D/11/1998.

36. Adoptada el 25 de mayo de 2009.

37. *International Association Autism Europe v. France*, Complaint n° 13/2002.

38. [1997] ZACC 5; 1997 (3) SA 1012 (CC); 1997 (6) BCLR 759 (CC).

del capítulo 15 de la Carta Canadiense³⁹ y mediante los casos presentados en el Tribunal Supremo de Canadá.⁴⁰

39] Además de la obligación de adoptar medidas para avanzar en el cumplimiento de la no discriminación y la protección igualitaria, el CESCR ha afirmado que la obligación de cumplir con las obligaciones básicas mínimas también está considerada como una obligación de efecto inmediato.⁴¹

4. ENFOQUE BÁSICO MÍNIMO SOBRE LOS DERECHOS ESC

40] Las Naciones Unidas y el CESCR desarrollaron especialmente el enfoque básico mínimo para aclarar las obligaciones que se derivan de los derechos ESC. El enfoque básico mínimo está sujeto a los “niveles básicos mínimos” de tales derechos y describe una situación de bienestar: una plataforma que significa ausencia de amenazas.⁴² Las obligaciones de proteger, cumplir y promover son adecuadas para definir el contenido de los derechos. Una vez definido dicho contenido, es posible establecer un **contenido mínimo**, que encarnará las obligaciones impuestas al Estado. Esta relación entre contenido y obligación es uno de los principales centros de atención del presente manual.

41] El Comité ha desarrollado el principio de “**contenido básico mínimo**”, declarando que constituye el estándar mínimo que deben cumplir los Estados,⁴³ al margen de toda situación de conflicto, emergencia o desastre. Debería llevarse a cabo incluso en casos de restricción financiera, especialmente con el fin de proteger a los grupos más vulnerables de la sociedad.⁴⁴ Sin este mínimo, un derecho pierde su *raison d'être*.

42] El Comité ha empezado definiendo las obligaciones básicas de los derechos, por ejemplo, en el caso del derecho al nivel de salud más alto posible (desarrollado más adelante en el capítulo específico de este manual). Es importante aclarar que los contenidos básicos de los derechos ESC no son los mismos que las obligaciones mínimas de los Estados. Las obligaciones básicas mínimas están relacionadas con el Estado Parte y su cumplimiento dentro del marco internacional de obligaciones, mientras que el contenido básico mínimo está relacionado con la substancia del derecho.⁴⁵

39. El Capítulo 15 establece que: “(1) Todo individuo es igual ante y bajo la ley y tiene derecho a protección igualitaria y beneficio de la ley sin discriminación alguna y, especialmente, sin ser discriminado por su raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad física o mental.” El Párrafo 2 añade que “la subsección 1 no excluye ninguna ley, programa o actividad que tenga como objeto la mejora de las condiciones de individuos o grupos desfavorecidos.”

40. *Law v. Canadá, Ministro de Empleo e Inmigración* 1999 1 S.C.R. 497; *caso Grosselin v. Quebec (Fiscal General)*, (2002) 4 S.C.R. 429; *Andrews v. Laws Society of British Columbia* 1989 1 S.C.R.; *R v. Keegstra* 1990 3 S.C.R. 697; y *New Brunswick v. G (J)* 1999 3 S.C.R.

41. Véase el documento “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Informe sobre los periodos de sesiones vigésimo quinto, vigésimo sexto y vigésimo séptimo”, E/2002/22-E/C.12/2001/17, párr. 17.

42. Véase Anderseen, citado por Bilchitz pág. 188, ref. 27.

43. Observación General n°3, párr. 10.

44. *Ibid.*, párr. 11 y 12.

45. Para más información: A. Chapman, “The status of efforts to monitor economic, social and cultural rights”, en S. Hertel y L. Minkler (eds) *Economic Rights: conceptual measurement and policy issues*, Cambridge University Press, 2006, pág. 154; A. Chapman y S. Russell (eds) *Core Obligations: building a framework for economic, social and cultural rights*, Ambers/Oxford/Nueva York, Intersentia, 2002.

43] La teoría del contenido básico mínimo valida la definición de pobreza como derecho humano. Dado que los elementos básicos de un derecho humano están estrechamente vinculados a la dignidad humana, y la pobreza “golpea” la substancia del derecho, una violación del contenido básico de un derecho ESC provocaría también, en ciertos casos, un efecto sobre la pobreza y la pobreza también provocaría, al mismo tiempo, una violación de los derechos humanos.

5. LA REALIZACIÓN PROGRESIVA DE LOS DERECHOS ESC

44] Los derechos ESC contienen aspectos que deberían ser desarrollados progresivamente hasta su completo cumplimiento. De hecho, la progresividad conduce a un proceso abierto que implica concretar distintos pasos conforme se avanza hacia la consecución del derecho. La realización progresiva de los derechos ESC es la piedra angular del PIDESC. Más aún, la realización progresiva de los derechos ESC es una herramienta útil para medir y hacer un seguimiento de los avances realizados en el cumplimiento de los derechos. Es una herramienta de planificación para el desarrollo de políticas y programas para combatir la pobreza. Esto se ha demostrado claramente, por ejemplo, en las iniciativas relacionadas con el avance del derecho a una alimentación adecuada. En este sentido, la FAO ha desarrollado este enfoque, afirmando que: “la no realización de los derechos humanos no sólo suele ser fruto de la pobreza sino también una de sus principales causas, lo cual implica que es vital esforzarse por realizar estos derechos para luchar contra la pobreza.”⁴⁶

45] El párrafo 1 del Artículo 2 del Pacto de Derechos ESC reconoce el logro gradual de los Estados en la implementación de los derechos ESC, estableciendo que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

46] Del análisis del Artículo 2 se deducen los siguientes elementos:

- (1) La progresividad está vinculada al disfrute efectivo del derecho. Por tanto, la progresividad requiere incluir a todos los miembros de la sociedad que deberían disfrutar del mismo. Sin embargo, la progresividad no se logra incrementando el número de personas, sino integrando a las mismas en su realización.
- (2) La realización progresiva requiere tiempo y esfuerzo para que el avance hacia la realización completa del derecho sea lo más expeditivo y eficaz posible. El Estado debería tener como meta la implementación de políticas, progra-

46. FAO, “El derecho a la alimentación en la práctica: aplicación a nivel nacional”, Roma, 2006, pág. 3.

mas, planes y recursos orientados a lograr una realización plena. Por tanto, las medidas deberían ser deliberadas, concretas y específicas.

- (3) La realización progresiva implica la necesidad de verificar para medir los logros y detectar fallos, lagunas o retrocesos. Las ONG juegan un papel crucial en la identificación de tales prácticas, cubriendo las carencias de la protección estatal, recopilando datos, y proporcionando auxilio de primera mano, especialmente a los grupos marginados y vulnerables.
- (4) La realización progresiva también implica reforzar la cooperación. En su Observación General nº 3, el Comité llamó la atención sobre la obligación de todos los Estados Partes de adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales –especialmente económicas y técnicas– hasta lograr la plena efectividad los derechos reconocidos en el Pacto. Por ejemplo, las Directrices Voluntarias publicadas en el 2004 por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO)⁴⁷ proporcionaron un instrumento adicional para combatir el hambre y la pobreza, y se centraban en la realización progresiva del derecho a la alimentación. En el esfuerzo por acelerar la consecución de los ODM, las Directrices Voluntarias suponen una tentativa de los gobiernos de interpretar el derecho a la alimentación y de incluir recomendaciones para llevar a cabo acciones con el fin de acelerar dicha realización.

47] Es importante subrayar que la escasez de recursos no exime a un Estado de tomar medidas para la realización plena de un derecho. El mínimo básico de un derecho, los principios de no discriminación y protección igualitaria y las medidas no regresivas están excluidas de la noción de recursos disponibles. Deberían garantizarse sin limitación alguna. El gobierno debería ser capaz de demostrar que ha utilizado efectivamente todos los recursos disponibles del modo que mejor realice estos derechos. Por lo tanto, se controlará a los Estados en relación con el avance realizado.

48] Pero, ¿cómo medir la realización progresiva de un derecho? Es una tarea difícil. Han surgido diferentes propuestas relativas a la verificación de la realización progresiva de las obligaciones derivadas del Artículo 2 del Pacto.

Estas propuestas incluyen la evaluación del:

- Control de los derechos humanos (medidas que permiten a los legisladores y legisladoras y a otros agentes verificar la realización progresiva de los derechos);
- Fallos judiciales: medir los derechos ESC a través del análisis de la jurisprudencia que implementa derechos y avanza en la interpretación de su contenido a nivel nacional;
- Garantizar la no discriminación, y
- Establecer la rendición de cuentas: estadísticas y herramientas para medir la implementación.⁴⁸

47. Adoptada por la 127ª Sesión del Consejo de la FAO en noviembre de 2004.

48. Véase del autor de esta propuesta, C. Apodaca, Measuring the progressive relation of economic and social rights, en S. Hertel y L. Minkler (eds) *Economic Rights: conceptual, measurement and policy issues*, Cambridge University Press, 2007, pág. 169–70.

49] Otras propuestas incluyen el análisis de las implicaciones del Artículo 2 del PIDESC en el control y la rendición de cuentas en lo que respecta a la realización progresiva de los derechos ESC, y mencionan las siguientes herramientas de medición:

- El enfoque de las obligaciones básicas
- El enfoque de la violación⁴⁹
- El análisis de presupuestos, y
- El papel de los indicadores y cotas de referencia.⁵⁰

50] Las ONG han desarrollado plenamente el enfoque de la violación. Sin embargo, debería apoyarse su participación activa a la hora de proporcionar otras formas de conocimiento para asegurar su participación activa en el desarrollo de la coordinación de los avances de los derechos ESC. Las ONG disponen de desarrollos útiles y de conocimientos cruciales. Su trabajo, conocimiento y acciones constituyen un recurso útil para aclarar y verificar la realización progresiva de los derechos ESC.

51] Hoy en día, son los tribunales quienes desarrollan la interpretación de la realización progresiva de los derechos, presionando así a los Estados para que actúen con vistas a la realización plena de los mismos. En el histórico caso de *Bhe v. el Magistrado Khayelitsha y Otros*,⁵¹ que incluye un total de otros tres casos (*Bhe*, *SAHRC*, *Shibi*), y que hace referencia a la legislación discriminatoria de Sudáfrica, basada en la raza, el sexo y el origen, el Tribunal de Sudáfrica suprimió el marco legislativo que regulaba el patrimonio de los sudafricanos y sudafricanas negras que morían intestados. La realización progresiva del derecho supuso en este caso un reto, dado que implicaba la creación de un marco legal de protección completo.

52] El caso *Grootboom* presenta otro claro ejemplo del reto que supone el concepto de realización progresiva. Teniendo en cuenta los 2,2 millones de personas sin hogar de Sudáfrica, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica declaró a este respecto que el derecho a la vivienda no podía ser realizado de inmediato para todos, y subrayó que las viviendas deberían estar disponibles no sólo para un mayor número sino también para una mayor diversidad de personas.⁵² Tras aclarar el significado de la realización progresiva, el tribunal declaró la existencia de una violación del derecho a una vivienda apropiada. Pero dicho tribunal no estableció un periodo de tiempo preciso en el que implementar una política de compensación de la situación de las personas sin techo. Esto llevó a un periodo de transición, prolongando la violación. Además, las acciones posteriores para asegurar la realización progresiva del derecho tuvieron únicamente en cuenta a la comunidad de *Grootboom*, y no a la comunidad más amplia de personas sin hogar

49. A. Chapman critica el enfoque de la violación en: A violation approach for monitoring the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights, *Human Rights Quarterly*, 18(3) pág. 23–66; y A. Chapman y S. Russell (eds) *Core Obligations: building a framework for economic, social and cultural rights*, Amherst/Oxford/Nueva York, Intersentia; M. Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Amherst/Bélgica, Intersentia, 2003, Alston 2005, que propone un enfoque de obligaciones en lugar de un enfoque de violación.

50. Propuesta de A. Chapman, The status of the efforts to monitor economic, social and cultural rights, in *Economic Rights: conceptual, measurement and policy issues*, op cit, pág. 151–64.

51. 2005 (1) BCLR 1 (TC), 15 de octubre de 2004.

52. Véase el caso *Grootboom* op. cit, párr. 45.

53] Finalmente, el *caso TAC* revela las consecuencias de la realización progresiva de derechos en un caso relativo al acceso restringido al medicamento “Nevirapina” –accesible sólo para centros de investigación y formación–, que prevendría la transmisión materno-infantil del VIH-SIDA en el nacimiento. Dado que había más de 5 millones de personas afectadas en Sudáfrica, el fallo del caso TAC fue crucial. El tribunal consideró que el programa gubernamental no era razonable y solicitó que se modificara esa política en su totalidad, que se extendiera el acceso al medicamento y que se ampliaran a gran escala los servicios de análisis y asesoramiento a instituciones y hospitales. El tribunal ordenó al gobierno que implementara estas acciones y cumpliera con sus obligaciones sin demora.

54] Sin embargo, la realización progresiva plantea la cuestión de hasta dónde deben llegar los esfuerzos y los estándares que deben asumir los Estados.⁵³ Aún existiría una violación del derecho si el Estado no tomara las medidas eficaces y necesarias para avanzar hacia la realización plena del derecho.

6. LA PROHIBICIÓN DE MEDIDAS REGRESIVAS

55] Esta obligación deriva de las anteriormente mencionadas. El Estado tiene prohibido adoptar cualquier medida que reduzca el nivel de disfrute ya alcanzado de un derecho. A pesar de ello, esta presunción incluye varias exenciones. Cuando el Estado introduce medidas regresivas, se le solicita que demuestre que tomó dichas medidas tras examinar una amplia variedad de posibilidades y que no existía ninguna otra alternativa disponible o aplicable en un contexto de plena utilización de los recursos máximos disponibles.⁵⁴

56] En los casos en los que una política o medida redujera el disfrute del derecho, ello no generaría instantáneamente una violación del mismo ni constituiría una medida regresiva. Los Estados han de haber actuado con intencionalidad, deliberadamente y de manera negligente. A nivel nacional, por ejemplo, los tribunales han establecido que las decisiones adoptadas por organismos nacionales que pudieran afectar a los derechos humanos, deberían ser debidamente justificadas. De otro modo, constituirían decisiones arbitrarias.⁵⁵ En relación con el derecho al trabajo, por ejemplo, en un caso relativo a una mujer embarazada que trabajaba a turnos, el Tribunal Supremo de Bolivia declaró que la rotación de un trabajador o trabajadora es una medida válida, pero no así la reducción de su sueldo.⁵⁶ El tribunal boliviano declaró que, en este caso particular, la medida regresiva establecía condiciones “inapropiadas” para el nasciturus.

53. Con relación a la realización progresiva de los derechos y las correspondientes obligaciones de los Estados en los casos Grootboom y TAC, véase, por ejemplo, M. Stuart, “Left out in the cold? Crafting Constitutional Remedies for the poorest of the poor,” *SAJHR*, 21, 2005, pág. 215-40; véase también M. Heywood, Preventing mother-to-child HIV transmission in South Africa: background, strategies and outcomes of the Treatment Action Campaign case against the Minister of Health, 2003, 19 *SAJHR* 278 a 300.

54. Observación General n°3, párr. 9.

55. Cf. *caso Palamará Iribarne*, nota ut supra 72, párr. 216 y caso YATAMA, nota ut supra 86, párr. 152. También, cf. *García Ruiz v. España* [GC], n° 30544/96, § 26, TEDH 1999-I; y Trib. Eur. D.H., *Caso de H. v. Bélgica*, Sentencia del 30 de noviembre de 1987, Serie A n° 127-B, párr. 53.

56. Tribunal Constitucional de Bolivia, resolución 310/2000-R, 6 de abril de 2000.

7. LA CLÁUSULA DE MÁXIMOS RECURSOS DISPONIBLES

57] Debido al supuesto tan generalizado de que los derechos económicos, sociales y culturales requieren la asignación directa de recursos por parte del Estado (progresividad), el Pacto incluye una cláusula titulada **cláusula de máximos recursos disponibles** en el mismo Artículo 2, párr. 1. Los derechos ESC dependen en algunos casos de la asignación de bienes y servicios por parte de los Estados. Sin embargo, esta cláusula genera debate dado que no detalla cuánto exige la palabra *máximos*, ni lo que significa la palabra *disponibles*. Por ello, establecer la disponibilidad de recursos puede convertirse en una tarea complicada para los gobiernos, puesto que requiere no sólo voluntad política, sino también coherencia y presupuesto.

58] A pesar de ello, los tribunales han evaluado las medidas positivas y han ordenado a los gobiernos y otras instituciones públicas que tomen medidas concretas y asignen recursos con vistas a la realización de estos derechos. En Latinoamérica, por ejemplo, los Tribunales Constitucionales han definido los requisitos mínimos de los programas de prestaciones, han diseñado medidas y establecido asignaciones en su jurisprudencia.

59] Pero las cortes y los tribunales se encuentran limitados a la hora de impulsar la defensa en justicia, dado que no disponen necesariamente del conocimiento requerido para desarrollar dicha defensa en justicia de los derechos ESC. Los tribunales aún tienen la responsabilidad de ratificar y proteger los derechos fundamentales, pero requieren de la colaboración de agentes competentes situados sobre el terreno.

60] La tensión entre la disponibilidad de recursos y la realización de contenido básico mínimo de los derechos puede resolverse considerando la realización progresiva como un proceso abierto que requiere de esfuerzo continuo. El sistema europeo proporciona ejemplos de cómo los objetivos intencionados se convierten en obligaciones mínimas que implementar progresivamente.⁵⁷ En el caso anteriormente mencionado *de la Asociación Internacional Autism Europe v. Francia*, el Comité Europeo de Derechos Sociales consideró que las dificultades financieras no eximen al Estado del cumplimiento de sus obligaciones relacionadas con los derechos humanos.

61] En relación con los derechos ESC, la Carta Africana no se extiende sobre la cláusula de recursos disponibles y la realización progresiva de los derechos. A pesar de ello, ciertos casos apoyan la necesidad de hacer efectiva la Carta Africana, y parecen imponer obligaciones.⁵⁸

62] Sin embargo, en el caso de *Purohit y Moore v. Gambia*,⁵⁹ relacionado con el régimen legal de Gambia para pacientes con enfermedades mentales, la Comisión Africana analizó el

57. Véase J. Donnelly, The West and economic rights, en S. Hertel y L. Minkler (eds) *Economic Rights: conceptual, measurement and policy issues*, Cambridge University Press, 2007, pág. 50-51.

58. Por ejemplo, el caso *Free Legal Assistance Group y Otros v. Zaire, SERAC*, entre otros.

59. AHRLR 96 CADHP 2003.

derecho al disfrute del mejor estado de salud física y mental posible en relación con las personas con discapacidad, y estableció que no se puede mirar a otro lado ante la escasez de recursos en África a la hora de definir y avanzar hacia el cumplimiento de los derechos ESC. La Comisión, extremadamente consciente de la situación de pobreza de los países africanos, expresó su preocupación acerca de la viabilidad de prestar asistencia sanitaria e interpretó que el derecho a la salud incluía la reserva de los recursos disponibles. La Comisión solicitó a Gambia que cambiara el régimen legislativo sanitario y urgió a las autoridades a que suministrara asistencia y material médicos apropiados a las personas que sufren problemas de salud mental, estableciendo que el derecho a las instalaciones sanitarias y el acceso a bienes y servicios debería garantizarse para toda persona sin discriminación de ninguna clase.⁶⁰

63] El caso *Soobramoney*⁶¹ de Sudáfrica sienta las bases para

60. Véase también el caso *Autism Europe v. Francia*, del 4 de noviembre de 2002, relacionado con la implementación en Francia de instrumentos estatutarios relativos a la provisión de educación a personas con discapacidad. El Comité Europeo de Derechos Sociales estableció que los Estados Partes deben tomar medidas para avanzar en el derecho incluso cuando su implementación resulte compleja, y que los Estados deben hacerlo “un plazo razonable de tiempo, con un avance mensurable y hasta un nivel acorde con los máximos recursos disponibles”. Este caso representa la primera demanda colectiva relacionada con el derecho a las instalaciones sanitarias de Europa. Véanse también los casos *Soobramoney*, *TAC* y *Khosa*, entre otros.

61. *Soobramoney v. Ministro de Salud de la Provincia de Kwazulu-Natal* 1998 (1) SA 765 (TC) (en lo sucesivo, caso *Soobramoney*).

discutir acerca del significado de esta obligación. El caso trataba de un hombre desempleado que padecía enfermedades cardiovasculares y tenía un fallo renal crónico. El Sr. Soobramoney pidió al gobierno que ordenara al hospital que le proporcionara tratamiento de diálisis. Sin embargo, el tribunal rechazó la solicitud del demandante basándose en la falta de recursos disponibles. También declaró que una decisión favorable generaría un colapso en el sistema sanitario, y que debido a lo limitado de sus recursos, el hospital había adoptado la política de admitir únicamente a aquellos y aquellas pacientes que podían ser curados en un plazo corto de tiempo.

64] El Tribunal Constitucional de Colombia (TC) ha desarrollado la protección de los derechos ESC a través de la *tutela*,⁶² como por ejemplo la protección del derecho a la salud, integrando en los planes de salud servicios médicos o medicaciones especiales anteriormente excluidas.⁶³ El coste de los servicios de atención sanitaria, sin embargo, se ha incrementado drásticamente, y aunque el TC colombiano aún protege los derechos ESC, se ha criticado la escasez de recursos resultante de estos gastos, haciendo notar que van más allá de los recursos máximos disponibles.

62. Recurso de amparo de los derechos fundamentales, presentado ante cualquier tribunal colombiano, el cual decidirá sobre el asunto urgente del demandante en un plazo máximo de 10 días (véase el Capítulo 2).

63. Por ejemplo, dedicando atención especial a personas con VIH-SIDA en la resolución T-328 de 1998, y a las personas con cáncer en la resolución T-283 de 1998, entre otros.

EJERCICIOS

- 1) Explique esta afirmación: *el deber de “realización progresiva es una mezcla”*.
- 2) Analice los casos **Purohit y Moore v. Gambia** y **Soobramoney**. ¿Qué elementos pueden extraerse respecto del papel de los tribunales? ¿Qué puede decirse en relación con el “margen de apreciación” del poder judicial?
- 3) ¿Cuáles son las consecuencias legales, económicas y políticas de la *cláusula de máximos recursos disponibles*? Justifique su argumentación basándose en el caso del **Ministro de Salud v. la Campaña de Acción por el Tratamiento (TAC)**.

Capítulo IV:

Paliar la pobreza garantizando el disfrute de derechos económicos, sociales y culturales (DESC)

El Derecho a la Educación	- 49 -
El derecho a una alimentación adecuada	- 59 -
El derecho a una vivienda apropiada	- 67 -
El derecho a disfrutar del nivel de salud física y mental más alto posible	- 79 -
El derecho al agua potable y el saneamiento	- 39 -
El derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones	- 39 -

El derecho a la educación

– 47 –

1. Definición del derecho a la educación

– 48 –

2. El contexto normativo del derecho a la educación

a. El Sistema de las 4A

b. La realización progresiva del derecho a la educación

c. No discriminación y protección igualitaria

Educación sin discriminación por motivo de raza

Educación y nacionalidad

Educación sin discriminación por motivo de género

La educación de las minorías

Niños y niñas con discapacidad

La educación en situaciones de conflicto

La educación de las personas en pobreza

La igualdad de oportunidades

– 53 –

3. Integración de los derechos humanos en la Estrategia de la “Educación para Todos”

– 54 –

4. La educación en derechos humanos

– 56 –

5. Estrategias de defensa en justicia

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN



© UNESCO/Petterik Wiggers

A pesar del reconocimiento internacional del derecho a la educación, varios regímenes legales diferentes aún definen la educación como un servicio. En este capítulo, la educación se define y analiza conceptualmente como un derecho. Hoy en día, el derecho a la educación es uno de los derechos ESC más desarrollados y mejor definidos. Como derecho humano en sí mismo y como indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos, el derecho a la educación está estrechamente vinculado al derecho al desarrollo, y es una herramienta poderosa en las estrategias de reducción de la pobreza. Sin embargo, a pesar de este nivel de reconocimiento, este derecho todavía se niega a unos 75 millones de menores en edad de escolarización primaria, el 55% de los cuales son niñas.* Aún hay millones de personas en el mundo que son analfabetas y están expuestas a la pobreza. El informe de la UNESCO de Seguimiento de la Educación Para Todos (EPT) en el Mundo, de 2010: Llegar a los Marginados, sitúa la educación en primera línea de la lucha contra las desigualdades. La educación es, por tanto, una condición previa para el avance de la justicia social, y quienes se queden atrás se enfrentan a la perspectiva de ver irremediabilmente dañadas sus oportunidades vitales en una variedad de esferas, entre las que se cuentan el empleo, la salud y la participación en los procesos políticos que les afectan. La estrategia de Educación para Todos para una educación inclusiva es crucial en la lucha contra la marginalización y la exclusión de las personas más vulnerables. Es de vital importancia evitar toda forma de explotación, en especial el trabajo infantil forzado. El derecho a la educación es parte integrante de la misión de la UNESCO, y una parte central del proceso de la EPT. La Constitución de la UNESCO expresa la creencia de sus fundadores y fundadoras en “la igualdad de posibilidades de educación para todos”. La Organización apoya activamente la visión de que la integración de los derechos en la estrategia de desarrollo de la educación es un requisito previo para la realización de la EPT.

1. DEFINICIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

1] La educación aumenta el número de formas posibles de escapar de la pobreza. Definir la educación en términos de derechos permite que el o la titular de los mismos los conozca y le capacita por tanto para interponer una demanda por violación de dichos derechos en situaciones de ausencia de reconocimiento o de respeto.

2] La educación se describe como un “derecho primordial” porque su disfrute empodera otros derechos humanos. Com-

prende no sólo la escolarización formal, sino también todos los procesos de aprendizaje que proporcionan las experiencias vitales y que permiten a una persona desarrollar sus capacidades, talentos, habilidades y personalidad. La educación incluye los procesos de aprendizaje espirituales, culturales e intelectuales.

3] La educación es por ello un derecho tanto civil como político, así como un derecho económico, social y cultural. De hecho, la educación como derecho civil y político, requiere que los gobiernos permitan la implantación de escuelas respetando la libertad *de* educación y *en* la educación. La educación como derecho social y económico insta a los gobiernos a asegurar la disponibilidad de una educación obligatoria y gratuita para todos los niños y niñas en edad escolar. La educación como derecho cultural proclama el respeto a la

* Informe de Seguimiento de la Educación Para Todos en el Mundo 2009.

diversidad cultural en lo que respecta a la inclusión de las minorías, sus lenguas y una educación acorde a sus costumbres y valores. Los Gobiernos están obligados a promover el derecho a la educación, que es universal y no admite exclusión o discriminación alguna. Ha de ser ratificado con mayor vigor y su dimensión inclusiva ha de ser puesta de relieve a fin de que todos aquellos y aquellas que aún no lo disfruten se conviertan en sus beneficiarios.¹

4] El Artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) estableció las bases para el derecho a la educación, indicando los grados de responsabilidad derivados de cada nivel educativo. Determina que “la instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos”. Este artículo también menciona la importancia de los derechos humanos en la educación y prescribe que “los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”, también conocido como el principio de “libertad de educación”.

5] Para afirmar el derecho a la educación, los Estados también han adoptado una serie de instrumentos internacionales que desarrollan distintas dimensiones de este derecho. Entre ellos podemos enumerar los siguientes: El Convenio de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales; la Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra la Discriminación en el Campo de la Enseñanza; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial; el Convenio sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil; el Convenio sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención sobre la Enseñanza Técnica y Profesional; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otros.²

El marco legal del derecho a la educación lleva consigo obligaciones internacionales.

6] Entre todas las prescripciones relacionadas con el derecho a la educación, destacan los **Artículos 13 y 14** del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), así como los Artículos 3, 4 y 5 de la Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en el Campo de la Enseñanza, por ser los más exhaustivos. De hecho, no sólo desarrollan el contenido del derecho, sino que también definen las obligaciones derivadas de cada nivel de enseñan-

za. La UNESCO jugó un papel esencial a la hora de redactar estos artículos y destacó de manera particular el Artículo 13, estableciendo estándares educativos internacionales que desarrollan y controlan la implementación de este derecho. El Artículo 13 del Pacto y el Artículo 4 de la Convención imponen la educación primaria obligatoria gratuita y disponible para todos. La Observación General n° 13 añade que “los Estados Partes están obligados a dar prioridad a la implantación de la enseñanza primaria, gratuita y obligatoria”.³

7] Más aún, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) ha jugado un importante papel en el desarrollo del contenido de la normativa dedicada a este derecho a través de sus Observaciones Generales n° 11 y 13. El CESCR también ha declarado que ambas Observaciones Generales deberían ser consideradas de manera conjunta.

2. EL CONTENIDO NORMATIVO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

8] Como todos los derechos humanos, el derecho a la educación impone a los Estados tres niveles de obligación: la obligación de **respetar**, **proteger** y **cumplir**. La obligación de **respetar** requiere que los Estados eviten tomar medidas que dificulten o impidan el disfrute del derecho a la educación. La obligación de **proteger** requiere que los Estados tomen medidas para impedir que terceros interfieran en el disfrute del derecho a la educación. A su vez, la obligación de **cumplir** incorpora la obligación de **facilitar** y de **proveer**. La obligación de **facilitar** requiere que los Estados tomen medidas positivas que permitan y ayuden a individuos y comunidades el disfrute del derecho a la educación. Todos los Estados Partes deben tener como objetivo y obligación inmediata **proporcionar** educación primaria a todas las personas.⁴ Incumbe a los Estados incorporar sus obligaciones a la legislación nacional mediante instrumentos normativos y hacerlas efectivas en políticas y programas nacionales. Para lograr la EPT, es imperativo intensificar la acción normativa de la UNESCO y verificar el derecho a la educación de manera más eficaz.

9] La realización plena del derecho a la educación depende de una aplicación forzosa eficaz de las obligaciones de los Estados. Cuando ocurre una violación del derecho a la educación, la ciudadanía debe disponer de vías jurídicas que le permitan apelar a las cortes de justicia o los tribunales administrativos. La aplicación forzosa y la defensa en justicia del derecho a la educación dependen en primera instancia del sistema legal nacional. La judicatura juega un papel esencial en la defensa de la educación como derecho. Allí donde existen, las instituciones nacionales de derechos humanos y los Defensores del Pueblo también juegan un papel en el empoderamiento de los y las titulares de los derechos.

1. La dimensión inclusiva del derecho a la educación: bases normativas (UNESCO 2008).

2. La Recomendación de la UNESCO Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (1960), la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Fomento entre la Juventud de los Ideales de Paz, Respeto Mutuo y Comprensión entre los Pueblos (1965), la Declaración de la UNESCO de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional (1966), la Recomendación de la UNESCO Relativa a la Posición de los Profesores (1966), la Recomendación de la UNESCO sobre la Educación para la Comprensión, la Cooperación y la Paz Internacionales y la Educación Relativa a los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1974), la Declaración de la UNESCO sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (1978), la Recomendación de la UNESCO Relativa al Desarrollo de la Educación de Adultos (1976), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (1992), la Recomendación de la UNESCO sobre la Convalidación de Estudios, Títulos y Diplomas de Enseñanza Superior (1993), la Recomendación de la UNESCO Relativa a la Condición del Personal Docente de la Enseñanza Superior (1997), la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural (2001), la Recomendación Revisada de la UNESCO Relativa a la Formación Técnica y Profesional (2001) y la Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (2005)

3. Véase la Observación General n°13, párr. 51.

4. Ibidem.

a. El Sistema de las 4A

10] El Comité ha aclarado el alcance y los atributos del derecho a la educación a través del denominado **sistema marco de las 4A**.⁵ Este marco analiza las obligaciones relativas a este derecho respondiendo a cuatro conceptos en cada nivel de enseñanza: **disponibilidad** (A por availability en inglés), **accesibilidad**, **aceptabilidad** y **adaptabilidad**. La anterior Relatora Especial⁶ desarrolló y detalló más el sistema de las 4A, añadiendo una quinta característica, la **asequibilidad**, que a veces se incorpora dentro de la accesibilidad.

11] La **disponibilidad** de la educación hace referencia a la obligación de los Estados de facilitar el derecho a la educación proporcionando instituciones, profesorado y programas en cantidad suficiente de cara a dar efectividad al derecho. La disponibilidad incluye: disponibilidad de infraestructuras (escuelas con instalaciones sanitarias y agua, aulas, bibliotecas, etc.), disponibilidad de material y equipamiento educativo (ordenadores, etc.), y disponibilidad de profesorado (salarios, formación, etc.). Es más, la disponibilidad requiere mantener abiertas escuelas privadas así como el desarrollo de sistemas escolares.

12] El caso *Campaign for Fiscal Equity v. el Estado de Nueva York et al.*⁷ es un ejemplo de cómo se aplica la obligación de disponibilidad en los Tribunales. De acuerdo con el Tribunal Supremo del Estado de Nueva York, la enseñanza era inadecuada en ese Estado: el alto número de estudiantes por aula afectaba negativamente al rendimiento estudiantil de las escuelas públicas de la Ciudad de Nueva York y el material educativo de estos colegios (incluyendo bibliotecas y ordenadores) era deficiente. El Tribunal sostuvo además que, considerándolo tanto en base a las aportaciones como a los resultados, los niños y niñas de las escuelas de la Ciudad de Nueva York no estaban recibiendo la oportunidad de una educación básica sólida conforme a lo que ordena la Constitución. El Tribunal ordenó a la parte demandada que tomara todas las medidas necesarias para implementar un plan operativo de financiación (incluidos los costes de transporte, material, metodología, instalaciones fundamentales y gastos escolares) para proporcionar a la Ciudad de Nueva York unas inversiones operativas mínimas y graduales de 14.030 millones de dólares de los EE.UU. para el Año 1 (2005-2006), 15.440 millones de dólares de los EE.UU. para el Año 2 (2006-2007), 16.840 millones de dólares de los EE.UU. para el Año 3 (2007-2008) y 18.250 millones de dólares de los EE.UU. para el Año 4 (2008-2009), en un plazo máximo de 90 días a partir de la fecha de entrada en vigor del mandato. Estos pasos se llevaron a cabo para asegurar una educación básica para todas las personas.

13] La **accesibilidad** de la educación hace referencia al requisito de que las escuelas y los sistemas educativos sean accesibles para todas las personas, sin discriminación de ninguna clase, poniéndose especial énfasis en los grupos vulnerables. Requiere la existencia de un sistema de becas para ayudar a grupos especiales basado en la no discriminación y

la igualdad. El CESCR ha aclarado que la accesibilidad incluye dos elementos: la **accesibilidad física** y la **accesibilidad económica**. La **accesibilidad física** está relacionada con la posibilidad de acceder a la educación (transporte, existencia de escuelas en zonas rurales, participación de la comunidad, herramientas tecnológicas y educación online). La **accesibilidad económica** se refiere a la asequibilidad del servicio educativo. Los Estados están obligados a proporcionar enseñanza primaria gratuita con carácter inmediato y a proporcionar progresivamente una educación secundaria y terciaria gratuitas. Es importante subrayar el aspecto de que los costes indirectos deberían ser asequibles. Sin embargo, el Comité no ha detallado lo que entiende por costes indirectos.

14] En el caso *Free Legal Assistance Group y Otros v. Zaire*,⁸ una demanda presentada por cuatro ONG contra el antiguo Zaire (hoy República Democrática del Congo), la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) declaraba que el cierre gubernamental de universidades y escuelas de educación secundaria como resultado de una situación de negligencia financiera durante un periodo de crisis interna violaba el derecho a la educación establecido en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Artículo 17).

15] En el caso *Unni Krishnan J.P. y Otros. v. el Estado de Andhra Pradesh y Otros*,⁹ el Tribunal Supremo de la India, resolviendo en base al Artículo 13 del PIDESC, consideró que la obligación del Estado de proporcionar educación superior requería tomar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles, con vistas a lograr progresivamente la plena realización del derecho a la educación por todos los medios apropiados. En consecuencia, el derecho a la educación superior de una persona mayor de catorce años está sujeto a los límites de la capacidad económica y de desarrollo del Estado.

16] En otro caso, el Tribunal de la India consideró que la accesibilidad a la educación debería ser realidad para todas las personas, ricas o pobres. Por este motivo, el Tribunal sostuvo que una institución privada, sujeta a las mismas exigencias que el Estado, no puede cobrar tasas de matrícula superiores que aquellas establecidas para las plazas públicas. El Tribunal estimó que la "tasa de capitación" existente en este caso hacía que la educación fuera inasequible y en consecuencia inaccesible para las personas pobres, y que el sistema era arbitrario y contrario a la cláusula de igualdad del Principio Directivo de la Política Estatal (Artículo 14) (caso *Mohini Jain v. el Estado de Karnataka*).¹⁰

17] La **aceptabilidad** está relacionada con la adecuación y la calidad de la educación. Hace referencia al cumplimiento y la mejora constante de los estándares en los currículos, métodos de enseñanza, programas educativos, herramientas e infraestructuras. La aceptabilidad también requiere que la enseñanza y el aprendizaje sean culturalmente apropiados así como adecuados a las minorías en términos de lenguaje, contenido y metodología.

5. Véase la Observación General n°13, párr. 6 y 7.

6. E.CN.4/1999/49; véase también Katarina Tomasevski, Human Rights Obligations in Education: the 4A Scheme 7 (2006).

7. 719 N.Y.S.2d 475.

8. Com. n° 25/89, 47/90, 56/91, 100/93.

9. Op cit.

10. 1992 AIR 1858.

18] El Tribunal de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (ECOWAS) consideró a la Comisión de Educación Básica Universal de Nigeria responsable de implementar la educación en el país en el reciente caso *SERAP v. Nigeria*.¹¹ El Tribunal estimó que la Comisión no garantizó la calidad de la educación debido a una falta de implementación apropiada de la Ley de Educación Básica de Nigeria y la Ley de Derechos del Niño de 2004 dentro del marco general de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). Este caso es importante dado que aclara la defensa en justicia del derecho a la educación, desarrolla el derecho a una educación de calidad y confirma el *locus standi* de las ONG para llevar casos de interés público ante los tribunales.

19] La **adaptabilidad** de la educación consiste en la obligación de los gobiernos de proporcionar currículos y planes flexibles a todas las comunidades. Sus objetivos principales son el respeto a la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad humana para ayudar a las personas a responder ante unas sociedades en continuo cambio. La educación debería dar respuesta y adaptarse al interés superior de cada niño y niña. La adaptabilidad implica la interrelación de todos los derechos humanos a través de la educación y la educación a través de todos los derechos humanos. Requiere de un esfuerzo constante para integrar las estrategias educativas en todos los sectores, programas de planificación y comunidades.¹²

20] En un reciente caso relativo a una masacre en Guatemala¹³, que afectó a cientos de víctimas desplazadas por la guerra interna, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó tomar medidas de reparación que incluían medidas de satisfacción tales como el establecimiento de programas de desarrollo (de la salud, la educación y las infraestructuras) en las comunidades afectadas. Estos programas incluían proporcionar a dichas comunidades programas educativos en la lengua nativa de las víctimas (*maya achi*).¹⁴ Se requería que las autoridades guatemaltecas “proporcionaran personal docente capacitado en enseñanza intercultural y bilingüe en la educación primaria, secundaria y diversificada en las comunidades afectadas”.¹⁵ El Tribunal concedió un periodo de cinco años para la implementación plena del programa de reparación. También estableció que el Estado debía informar cada año acerca de los avances en la implementación de las medidas ordenadas.¹⁶

21] El Tribunal Supremo de la India estableció, por ejemplo, que el derecho a la educación está vinculado a la dignidad de la vida, y argumentó que para mantener la vida, un ser humano precisa del cumplimiento de todos los derechos que

la propicien. Por este motivo, en el caso *Mohini Jain v. el Estado de Karnataka*,¹⁷ el Tribunal subrayó que las personas sólo pueden acceder a una vida digna en la India a través de la educación.

22] En el reciente caso de *D.H. y Otros v. la República Checa*, apoyado por las ONG Interights y Human Rights Watch, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) estudió una demanda de discriminación racial relativa a la asignación de niños y niñas romaníes a “escuelas especiales” para escolares con discapacidad mental basada en exámenes psicológicos diseñados para medir su capacidad intelectual. La parte demandante alegó que había sido discriminada en el disfrute de su derecho a la educación como minoría nacional por motivo de su raza, origen étnico y color. Señaló asimismo que se segregaba sistemáticamente a los niños y niñas romaníes en escuelas especiales cuyos estándares educativos eran sustancialmente inferiores a los de las escuelas de primaria, lo que les discriminaba en su derecho a la educación. El TEDH dictaminó a favor de la parte demandante y señaló que las personas de origen romaní tienen “una historia turbulenta y un desarraigo constante”. El Tribunal también indicó que la discriminación indirecta – cuando las políticas o medidas generales tienen un efecto perjudicial desproporcionado sobre un grupo concreto – está prohibida por el Convenio Europeo, al igual que la discriminación directa, y confirmó una violación del artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, combinado con el Artículo 2 de su Protocolo 1.

▶ OBLIGACIONES BÁSICAS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

- Acceso igualitario y no discriminatorio al derecho a la educación
- Educación primaria gratuita, obligatoria y universal
- Accesibilidad a la educación secundaria en sus diferentes formas, así como a la educación técnica y profesional, que deberían estar disponibles de manera general
- Acceso a la educación superior en base a las capacidades individuales
- Oportunidades para continuar la educación y programas de alfabetización y aprendizaje permanente
- Estándares mínimos internacionales para una educación de calidad y para la profesión docente -Libertad de los padres y madres para elegir la educación. -La obligación de dar pasos hacia la realización plena del derecho a través del diseño e implementación de una Estrategia Nacional detallada (Plan de Educación) que incluya un calendario definido para la implementación del derecho a la educación.

b. La realización progresiva del derecho a la educación

23] La realización progresiva del derecho a la educación es un factor importante en la consecución del acceso universal a la educación. Como ya han subrayado el Capítulo III del presente

11. *Registered Trustees of the Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) v. Federal Republic of Nigeria and Universal Basic Education Commission*, Pleito nº ECW/CCJ/APP/0808, del 27 de octubre de 2009 (admisibilidad).

12. La Convención de la UNESCO sobre la Enseñanza Técnica y Profesional (1989) contiene en su Artículo 3 la idea de que es necesario adaptar los programas de educación a las características de los grupos poblacionales que la reciben: “Los Estados partes convienen en preparar y perfeccionar programas de enseñanza técnica y profesional que tengan en cuenta la situación educativa, cultural y social de la población, así como sus aspiraciones profesionales”. También avanza la idea de que los programas educativos deberán ir dirigidos a “protección del patrimonio común de la humanidad”.

13. Corte Interamericana de Derechos Humanos – *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala* – 19 de noviembre de 2004.

14. *Mónica Feria*, *Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System of Protection of Human Rights: Beyond Traditional Paradigms and Notions*, *Human Rights Quarterly* – Volumen 29, Número 2, mayo de 2007, pág. 431-459.

15. *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, op.cit párr. 110.

16. *Ibidem* párr. 111.

17 (1992 AIR 1858)..

manual y el Comité de derechos ESC, la realización progresiva de un derecho impone el deber de avanzar lo más rápida y eficazmente posible hacia la realización plena del derecho en cuestión. En consecuencia, la progresión del derecho a la educación significa que la educación libre y obligatoria se debe ampliar progresivamente a la enseñanza secundaria y terciaria. Cualquier interpretación en otro sentido implicaría una reducción del reconocimiento pleno del derecho a la educación, según el cual se deben proporcionar y realizar todos sus niveles.

24] En consecuencia, la obligación inmediata de los Estados en relación con la educación primaria consiste en:

- (1) Proporcionar educación primaria gratuita, obligatoria y universal, y
- (2) Diseñar un Plan de Acción que defina un marco de trabajo para la implementación del derecho a la educación primaria.

25] La obligación general consiste en proporcionar educación secundaria y terciaria y en garantizar que la educación terciaria se facilite de un modo igualitario y accesible. Esto no significa que la educación secundaria y la terciaria no deban estar disponibles de la misma manera que la primaria. La única diferencia de interpretación se basa en el hecho de que la educación primaria constituye el mínimo básico, en el sentido de que debería proporcionarse con carácter inmediato, ser obligatoria y gratuita. La educación secundaria y la terciaria deberían avanzar hacia el mismo objetivo de universalidad. Esta interpretación está en la línea de los principios de la Educación Para Todos y del caso indio de la *Junta Estatal de Educación Secundaria y Superior de Maharashtra v. K.S. Gandhi*,¹⁸ que establecía que el derecho a la educación secundaria era un derecho fundamental.

26] Siguiendo con el Artículo 14 del PIDESC, los Estados Partes cumplirán progresivamente con su deber elaborando y adoptando un plan de acción educativo en el plazo de **2 años** a partir de la entrada en vigor del Convenio en el Estado, con el fin de asegurar una educación primaria gratuita, universal y obligatoria.¹⁹ La implementación de dicho plan debería llevarse a cabo en un período razonable de tiempo y debería medirse mediante los indicadores y las cotas de referencia definidas en la Estrategia Nacional de Educación. Por ejemplo, en el caso de la *Asociación Internacional Autism Europe v. Francia*,²⁰ el Comité Europeo de Derechos Sociales subrayó que cuando la realización de un derecho es “excepcionalmente compleja y particularmente cara”,²¹ se permite cierta flexibilidad al gobierno. Sin embargo, la realización de los derechos sociales ha de producirse dentro de “un plazo razonable de tiempo, con un avance mensurable y hasta un nivel acorde con los máximos recursos disponibles”.

27] Incluso en caso de crisis financiera y recesión económica, los Estados no pueden descuidar sus obligaciones y deberán continuar sus esfuerzos encaminados a proporcionar una educación primaria gratuita, obligatoria y universal. Además,

la cooperación internacional deberá jugar un papel esencial asistiendo a los Estados en situaciones de crisis. La participación de la sociedad civil es vital en todas las fases: en la concepción del plan, en el asesoramiento en las fases de diseño e implementación y para garantizar una rendición de cuentas permanente.

c. No discriminación e igualdad de oportunidades en la educación

Educación sin discriminación por motivo de raza

28] El tribunal Supremo de los EE.UU. estableció en los casos *Brown v. el Consejo de educación*²² que un sistema escolar segregado niega la igualdad de oportunidades educativas a un grupo minoritario. Y el caso sudafricano del *Consejo Escolar del Colegio Bel Porto de la Provincia de Mpumalanga v. el Premier de la Provincia Occidental del Cabo*,²³ se ocupó de analizar la validez y los efectos de la implementación de una política educativa que permitía a la autoridad provincial trasladar personal entre las escuelas para alumnado negro y blanco. La parte recurrente, de una escuela blanca, presentó el caso basándose en la igualdad racial de los sistemas educativos. La parte demandante argumentaba que la política no se estaba implementando correctamente, lo que causaba desigualdad dentro de las escuelas blancas. Aunque los jueces no llegaron a la conclusión de que se hubiera dado discriminación al implementarse esta política en las escuelas blancas, su decisión sentó un importante precedente en la promoción de la igualdad y la tolerancia entre las nuevas generaciones de Sudáfrica.

Educación sin discriminación por motivo de nacionalidad

29] La infancia se enfrenta especialmente a situaciones de vulnerabilidad y discriminación, como en el Caso de la Corte Interamericana *Dilcia Yean y Violeta Bosica v. la República Dominicana*.²⁴ Éste fue uno de los primeros casos en los que la violación del derecho a la educación fue atendida por un Tribunal. Se trataba de un caso relacionado con el derecho a la educación y el derecho a no ser discriminado por el origen nacional. Las demandantes eran dos chicas de origen haitiano pero que habían nacido en la República Dominicana. A pesar de su lugar de nacimiento, las autoridades les denegaron la nacionalidad dominicana. Las demandantes argumentaron que el no tener la nacionalidad las exponía a una amenaza inminente de expulsión. El Tribunal pidió al gobierno que facilitara el acceso a la educación básica gratuita para superar las barreras históricas creadas por las leyes discriminatorias en los registros civiles y los sistemas educativos. La Corte Interamericana ordenó que se garantizara el disfrute del derecho independientemente del origen del niño o niña, adoptando las medidas pertinentes. Impuso además la supervisión de esta decisión, exigiendo al Estado la presentación al Tribunal de un informe sobre las medidas adoptadas.

18. [(1991) 2 SCC 716].

19. Véase la Observación General n°11 (1999).

20. Comité Europeo de Derechos Sociales, Demanda n° 13/2002. Decisión del 4 noviembre de 2003.

21. *Asociación Internacional Autism Europe v. Francia* párr. 53.

22. *Brown I*, 347 US 483 (1954) y *Brown II*, US 294 (1955).

23. (2002) 9 BCLR 891 (TC).

24. 8 de septiembre de 2005..

Educación sin discriminación por motivo de género

30] En Hong Kong, se dio un caso que estableció claramente que la discriminación en los sistemas educativos no es admisible bajo ninguna circunstancia, ni siquiera cuando un Estado argumenta que tal discriminación está basada en las diferencias de aptitudes educativas entre niños y niñas. De hecho, en el caso del **Comité de Igualdad de Oportunidades v. el Director de Educación**,²⁵ se presentaron tres sistemas educativos de Hong Kong para evaluar a los y las estudiantes en base a su sexo, a saber, el Sistema SSPA, que evaluaba al alumnado y lo enviaba a las escuelas de secundaria correspondientes, el Examen Interno (IA) y un Examen de Aptitud Académica (AAT). El Tribunal sostuvo que estas acciones violaban la Ordenanza de Discriminación Sexual, así como las obligaciones internacionales de derechos humanos contenidas en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW). Este precedente sentó las bases para interpretar la discriminación por sexo bajo los estándares establecidos por la CEDAW. Tras este fallo de 2001, más de 100 estudiantes mujeres fueron trasladadas a mejores escuelas y, en 2002, los listados y la asignación de plazas dejaron de estar basadas en el género.

La educación de las minorías

31] En Canadá, un Estado que protege el derecho a la educación en lenguas minoritarias, el Tribunal Supremo estimó la demanda de un grupo de padres y madres francófonas que vivían en cinco distritos escolares en Nueva Escocia, y que solicitó que se ordenara a las autoridades que proporcionaran instalaciones y programas homogéneos de educación secundaria en lengua francesa. En el caso **Doucet-Boudreau v. el Ministro de Educación de Nueva Escocia**,²⁶ el Tribunal Supremo impuso al Estado el deber de proporcionar instalaciones a grupos minoritarios que hablaran su propia lengua y de informar sobre la implementación progresiva de estas instalaciones.

La educación de niños y niñas con discapacidad

32] En el caso anteriormente mencionado de la **Asociación Internacional Autism Europe v. Francia**,²⁷ relativo a personas con discapacidad, Francia reconoció que no había proporcionado servicios educativos especiales adecuados a las personas con discapacidad y admitió que el sistema financiero no había tenido en cuenta el número de personas de la lista de espera. A pesar de la existencia de programas y asignaciones que ya se estaban implementando, la parte demandante, en este caso la Asociación Autism-Europe, descubrió que llevaría 100 años borrar el déficit de las listas de espera oficiales. Por este motivo, el Comité Europeo de Derechos Sociales dictaminó que Francia no había proporcionado la educación especial necesaria y argumentó que la definición de autismo era demasiado restrictiva y que impedía la integración de todas las personas con discapacidad en el sistema de financiación de la educación.

33] En Argentina, el caso **Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c. el Estado Nacional s/sumarísimo**²⁸ consistió en la demanda interpuesta por una familia con pocos ingresos y con un niño con discapacidad a quien le había sido denegado el acceso a la escuela por falta de plazas vacantes. La parte demandante solicitó una ayuda financiera especial que permitiera a su hijo el acceso a la educación especial privada.

La educación en situaciones de conflicto

34] En la sentencia **T-215 de 2002**, la Corte Constitucional de Colombia protegió el derecho a la educación de los niños y niñas desplazadas cuya inscripción en los centros educativos había sido rechazada por su condición de personas desplazadas. La Corte subrayó la existencia de un "estado de cosas inconstitucional" y ordenó proteger los derechos del niño en casos especiales de desplazamiento interno.

La educación de las personas en pobreza

35] En la sentencia **C-560 de 1997**, relacionada con la emisión de bonos educativos, la Corte Constitucional de Colombia consideró que limitaban el acceso a la educación cuando excedían unos pagos moderados y proporcionales. También sostuvo que todas las personas tienen derecho a la educación sin discriminación, ni siquiera la basada en el poder adquisitivo. La Corte confirmó claramente la igualdad de oportunidades en el acceso a la educación. Una exigencia económica excesiva para ser admitido en una escuela viola el derecho a la educación, dado que puede derivar en que los alumnos y alumnas sean excluidos sólo por razones económicas.

36] En el Caso del **Distrito Escolar Independiente de Edgewood v. Kirby**²⁹ el Tribunal Supremo de Texas estudió los sistemas de financiación de la educación de Texas y concluyó que las escuelas pobres carecían de fondos para garantizar el derecho a la educación. El Tribunal observó que los distritos más ricos disponían de un patrimonio 700 veces mayor por estudiante que los más pobres y concluyó que ello constituía una violación de la Constitución de Texas. El Tribunal subrayó que los sistemas de financiación no permitían una educación efectiva y eficaz para todos los y las estudiantes y concluyó que hacía falta desarrollar un nuevo marco legal para corregir esta disparidad.

La igualdad de oportunidades

37] En la India, se interpuso una demanda como Litigio de Interés Público (PIL), por la educación de hijos e hijas de prostitutas en el caso **Gourav Jain v. la Union of India**.³⁰ El Tribunal Supremo sostuvo que los hijos e hijas de prostitutas tenían derecho a la dignidad, la igualdad de oportunidades, la asistencia, la protección y la rehabilitación sin ser estigmatizados/as. Por esta razón, el Tribunal ordenó la creación de un

25. N° 1555 de 2000.

26. 2000, 185 N.S.R. 2d, 246 (NSSC) y 2003 3.S.C.R. 3 (SCC)

27. Comité Europeo de Derechos Sociales, Demanda n° 13/2002.

28. La Corte Suprema Argentina en Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/ el Estado Nacional, 15-06-2004.

29. 777 S.W. 2d 391 (Tex. 1989)

30. *Gourav Jain v. India*, A.I.R. 1997 S.C. 3021.

Comité que diseñara un plan enfocado a la rehabilitación de estos niños y niñas, así como de menores prostituidos, con la obligación de presentar informes periódicos al Tribunal.

38] En Argentina, el Tribunal Administrativo de Buenos Aires, dictaminó en el caso *Santoro*,³¹ que una decisión relativa al traslado de un estudiante de una escuela a otra era arbitraria. Además, la Corte Suprema de Argentina revisó una demanda colectiva relacionada con el incumplimiento por parte de una provincia de la Ley Federal de Educación, en la que se desarrollan los estándares relativos a la igualdad en la educación.³² La provincia argentina no cumplía con la Ley Federal y mantenía sus propias leyes y estándares de educación. Esto llevó, por ejemplo, a invalidar a nivel nacional los diplomas emitidos por el sistema educativo de dicha provincia. El tribunal resolvió que este esquema no era acorde con la Ley Federal y que ello afectaría al derecho a la educación de los niños y niñas así como al derecho a la igualdad de oportunidades laborales.

39] En el caso de la India *Unni Krishnan J. P. v. el Estado de Andhra Pradesh*,³³ relacionado con la obligación del Estado de proporcionar instalaciones educativas dentro de las capacidades económicas y de desarrollo de la ciudadanía, el Tribunal de la India declaró que la educación era un derecho fundamental y subrayó especialmente que la educación infantil hasta los 14 años de edad era primordial. A través de este fallo, el Tribunal pudo establecer que los Estados cumplieran estándares más amplios en otra esfera como la erradicación de trabajo infantil forzoso, apoyando así el avance del derecho en el histórico caso *M.C. Mehta v el Estado de Tamil Nadu & Otros*.³⁴

3. INTEGRACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ESTRATEGIA DE LA “EDUCACIÓN PARA TODOS”

40] La Educación Para Todos (EPT) es una iniciativa internacional que se lanzó por primera vez en 1990 en Jomtien, Tailandia, para llevar los beneficios de la educación a “todos los ciudadanos y todas las sociedades.” Con el fin de cumplir con este objetivo, una amplia coalición de gobiernos nacionales, grupos de la sociedad civiles y agencias de desarrollo como la UNESCO y el Banco Mundial, se comprometieron a lograr seis objetivos específicos en materia de educación:

- (1) Extender y mejorar la protección y educación integrales de la primera infancia, especialmente para los niños y niñas más vulnerables y desfavorecidos
- (2) Velar por que antes del año 2015 toda la infancia, y sobre todo las niñas, que se encuentran en situaciones difi-

ciles, y aquellos y aquellas que pertenezcan a minorías étnicas, tengan acceso a una enseñanza primaria gratuita y obligatoria de buena calidad y la terminen.

- (3) Velar por que las necesidades de aprendizaje de todos los jóvenes y adultos se satisfagan mediante un acceso equitativo a un aprendizaje adecuado y a programas de preparación para la vida activa.
- (4) Aumentar de aquí al año 2015 el número de adultos alfabetizados en un 50%, en particular tratándose de mujeres, y facilitar a todos los adultos un acceso equitativo a la educación básica y la educación permanente.
- (5) Suprimir las disparidades entre los géneros en la enseñanza primaria y secundaria de aquí al año 2005 y lograr antes del año 2015 la igualdad entre los géneros en relación con la educación, en particular garantizando a las jóvenes un acceso pleno y equitativo a una educación básica de buena calidad, así como un buen rendimiento.
- (6) Mejorar todos los aspectos cualitativos de la educación, garantizando los parámetros más elevados, para conseguir resultados de aprendizaje reconocidos y mensurables, especialmente en lectura, escritura, aritmética y competencias prácticas.

41] En el año 2000, la comunidad internacional ratificó su compromiso con la EPT en el Foro Mundial sobre la Educación celebrado en Dakar, Senegal, y adoptó dos objetivos EPT que también son Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM). El Marco de Acción de Dakar se comprometió a expandir las oportunidades de aprendizaje de todos los niños, jóvenes y adultos y a cumplir los objetivos de seis áreas antes del 2015. El marco educativo mundial adoptó el Marco de Acción de Dakar, que incluye seis objetivos específicos:

- (1) Extender y mejorar la protección y educación integrales de la primera infancia
- (2) Proporcionar educación primaria gratuita y obligatoria para todos
- (3) Incentivar el aprendizaje y la formación profesional de la gente joven y adulta
- (4) Incrementar en un 50% la alfabetización adulta, especialmente entre las mujeres
- (5) Lograr la paridad de género para 2005 y la igualdad de género para 2015 y
- (6) Mejorar la calidad de la educación.

42] Con el fin de alcanzar estos objetivos se han integrado los derechos en la estrategia de la educación para todos, la cual engloba:

- El derecho a acceder a la educación, que comprende tres elementos: la prestación de educación en todas las fases de la infancia y posteriores, la provisión de plazas en centros escolares u oportunidades de aprendizaje accesibles y suficientes y la igualdad de oportunidades.
- El derecho a una educación de calidad, que incluye un currículo amplio e inclusivo, la integración de los derechos en el aprendizaje y la evaluación y un ambiente agradable, seguro y saludable para los niños y niñas.
- El derecho a respetar el entorno de aprendizaje, que incluye el respeto al derecho a la identidad, la integración y la participación.

31. Tribunal Administrativo de Apelación de Buenos Aires, *Santoro*, Francisco Roberto y otro v. GCBA s/amparo, 05-14-2002.

32. Corte Suprema de Argentina, *Ferrer de Leonard, Josefina y otros c. el Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán*, s/amparo, 08/12/2003.

33. 1993, 1 SCC 645.

34. *M.C. Mehta v State of Tamil Nadu & Ors* (1996) 6 SCC 756; AIR 1997 SC 699 en el que el Tribunal apeló a la aplicación forzosa de la legislación prohibiendo el trabajo infantil. El Tribunal Supremo indicó que no debían emplearse menores en trabajos peligrosos en las fábricas de producción de cajas de cerillas y fuegos artificiales, y que se debían dar pasos hacia el bienestar de dichos menores y hacia la mejora de su calidad de vida.

43] En la misma ocasión, la comunidad internacional reconoció el papel central de la sociedad civil en el logro de los objetivos de la EPT y se comprometió a “velar por el compromiso y participación de la sociedad civil en la formulación, aplicación y seguimiento de las estrategias de fomento de la educación”.³⁵ La llamada a una asociación genuina, presentada en el Foro de Dakar y a través de la cual la sociedad civil participaría totalmente en todas las fases de la realización de los objetivos de la EPT, ha conseguido efectivamente dar impulso a la estructuración y consolidación de las redes de la EPT. Así, cada vez más países disponen ahora de coaliciones nacionales que a menudo forman parte de redes regionales e internacionales. La presentación de la Campaña Mundial por la Educación (CME), que propició una colaboración y diálogo más estrechos entre las ONG y los sindicatos de enseñanza, ha contribuido al acercamiento que ha tenido lugar especialmente en África, pero también en Asia y Pacífico, así como en Latinoamérica y las regiones caribeñas.

44] Con este propósito, la UNESCO creó un mecanismo temático denominado Consulta Colectiva de las ONG sobre la EPT (CCONG/EPT) para reflexionar sobre las recomendaciones del Marco de Acción de Dakar y para facilitar el análisis, el diálogo permanente y la acción conjunta entre las ONG y la UNESCO en el ámbito de la Educación Para Todos (EPT). Esta Consulta garantiza el seguimiento de actividades y sirve de interfaz entre los programas y los mecanismos de seguimiento del Dakar y los de la CCONG/EPT. En su reunión anual, la CCONG/EPT presenta un informe sobre las actividades e iniciativas que están en marcha en su región.

45] Dentro del marco del mandato de la UNESCO relativo a la cooperación intelectual en el campo de la educación y su papel coordinador de los socios de la EPT, el propósito de la CCONG/EPT es fomentar la asociación entre las ONG y la UNESCO con el objetivo de:

- Contribuir a la expansión del concepto de la EPT
- Reforzar el reconocimiento del papel y las experiencias de las ONG en la EPT y fomentar su difusión
- Facilitar la expresión y cooperación colectivas entre las ONG en el campo de la EPT
- Facilitar la capitalización de las contribuciones y experiencias conceptuales de las ONG con el fin de que se tengan en cuenta en la formulación de contenidos y políticas de educación
- Facilitar la consideración y la incorporación de las contribuciones y experiencias conceptuales de las ONG en los programas de la EPT
- Facilitar la participación de las ONG en la verificación y evaluación de los objetivos de la EPT
- Reforzar la capacidad técnica e institucional de las ONG, especialmente a nivel local.

La Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en el Campo de la Enseñanza ha sido reconocida por la UNESCO como pilar fundamental de la EPT.

► DIRECTRICES DE LA UNESCO SOBRE EDUCACIÓN INTERCULTURAL PARA LA EPT

La Educación Intercultural es una respuesta al reto de proporcionar una educación de calidad para todos. Está enmarcada dentro de la perspectiva de los Derechos Humanos tal y como se expresa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948): “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales. Favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”.

El reto de la Educación Intercultural consiste en establecer y mantener el equilibrio entre la conformidad con sus principios rectores generales y los requisitos de los contextos culturales específicos. Con este fin, en el “Compromiso de Rabat”, adoptado a raíz de la Conferencia de Rabat sobre Diálogo entre las Culturas y las Civilizaciones mediante Iniciativas Concretas y Sostenidas (Rabat, Marruecos, 14-16 de junio de 2005), se recomienda que se elaboren “orientaciones generales para la Educación Intercultural, basadas en las investigaciones, publicaciones y experiencias ya realizadas”. Las Directrices de la UNESCO sobre Educación Intercultural (2006) contienen los siguientes principios:

Principio I: La educación intercultural respeta la identidad cultural del educando impartiendo a todos una educación de calidad que se adecúe y adapte a su cultura.

Principio II: La educación intercultural enseña a cada educando los conocimientos, las actitudes y las competencias culturales necesarias para que pueda participar plena y activamente en la sociedad.

Principio III: La educación intercultural enseña a todos los educandos los conocimientos, actitudes y las competencias culturales que les permiten contribuir al respeto, el entendimiento y la solidaridad entre individuos, entre grupos étnicos, sociales, culturales y religiosos y entre naciones.

Para más información sobre las Directrices véase la página web de la UNESCO: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001478/147878s.pdf>

4. LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

46] La educación en derechos humanos se define como el conjunto de actividades de aprendizaje, enseñanza, formación e información orientadas a crear una cultura universal de los derechos humanos.³⁶ La Educación en derechos humanos es una parte integrante del derecho a la educación. Engloba todos los niveles educativos y todas las formas de enseñanza y aprendizaje. Por este motivo, al desarrollar la educación en derechos humanos, el Estado también está forzado a adoptar el mismo marco de obligaciones de derechos humanos para el derecho a la educación. La educación en derechos humanos responde a un diálogo entre el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales para la pro-

35. Párr. 8 del Marco de Acción de Dakar.

36. Plan de Acción para la segunda etapa (2010-2014) del Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos (A/HRC/15/28), en la redacción adoptada por la resolución 15/11 del Consejo de Derechos Humanos, párr. 1.

moción del entendimiento, la tolerancia y la amistad entre naciones y para el mantenimiento de la paz.³⁷

47] De hecho, siguiendo a la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 y basada en los logros del **Decenio de las Naciones Unidas para la Educación en la esfera de los Derechos Humanos (1995– 2004)**, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó el 10 de diciembre de 2004 el **Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos (PMEDH) (2005–en curso)**.³⁸ El objetivo de este Programa es promover una interpretación común de los principios y metodologías básicos de la educación en derechos humanos, a fin de proporcionar una ayuda a las acciones orientadas a la política, y de reforzar las asociaciones y la cooperación internacional. Este programa busca avanzar en la implementación de los programas de educación en derechos humanos en todos los sectores.

48] Durante la primera fase (2005-2009) del PMEDH, los gobiernos, al adoptar el plan de acción de dicha primera fase³⁹, se comprometieron a centrarse en los niveles de educación primaria y secundaria, a analizar la situación actual de la educación en derechos humanos en los sistemas escolares de primaria y secundaria, a establecer prioridades y desarrollar una estrategia nacional de implementación, a implementar y verificar las actividades planificadas y a evaluar los resultados de la implementación nacional.

49] A nivel internacional, el Comité Interinstitucional de Coordinación de las Naciones Unidas para la Educación en Derechos Humanos en el Sistema Escolar (UNIACC),⁴⁰ recibió el mandato de asegurar el apoyo sistemático de las Naciones Unidas en la implementación nacional del plan de acción. Dentro de este marco, la UNESCO estaba involucrada activamente en el seguimiento de la primera etapa y desarrolló herramientas prácticas para la enseñanza y el aprendizaje, así como para la planificación de políticas relacionadas con la educación en derechos humanos en general, centrándose en cuestiones específicas tales como el aprender a convivir, prevenir la violencia en las escuelas, el género, etc. La colaboración con las ONG se considera vital en el desarrollo de contenidos y metodologías relacionadas con la vida diaria del aprendiz así como su divulgación.

50] Al final de la primera fase, se llevó a cabo una evaluación global de la implementación nacional de la educación en derechos humanos en el sistema escolar. El informe de evaluación UNIACC correspondiente, que se presentó ante la Asamblea General, reveló que se había hecho un notable progreso en la integración de la educación en derechos humanos en el currículo nacional. También hay una serie de iniciativas nacionales relacionadas con políticas y acciones para fomentar una cultura de respeto por los derechos humanos en el día a día de la vida escolar. Aún quedan ciertas lagunas en la

implementación, lo que sugiere que se necesita un enfoque más exhaustivo y sistemático a nivel nacional.⁴¹

51] El Consejo de Derechos Humanos decidió, en su resolución 12/4 (octubre de 2009), que la segunda etapa del PMEDH se centrara “en la educación en derechos humanos en la enseñanza superior y en los programas de capacitación sobre derechos humanos para maestros y educadores, funcionarios públicos, fuerzas del orden y personal militar a todos los niveles” durante cinco años, 2010-2014 (párrafos 2 y 4). La resolución también “alienta a los Estados que aún no hayan adoptado medidas para incorporar la educación en derechos humanos en la enseñanza primaria y secundaria a que lo hagan con arreglo al Plan de Acción para la primera etapa del Programa Mundial” (párrafo 3).

52] El Consejo solicitó al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que “elabore, dentro de los recursos disponibles, en cooperación con las organizaciones intergubernamentales pertinentes, en particular la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), y con los actores no gubernamentales, consulte con los Estados al respecto y presente a la consideración del Consejo de Derechos Humanos en su 15º período de sesiones (septiembre de 2010), un plan de acción para la segunda etapa del Programa Mundial (2010-2014), (...)” (párr. 4). La OACDH desarrolló este nuevo plan de acción en colaboración con la UNESCO y muchas otras partes interesadas, y fue adoptado en la redacción publicada en A/HRC/15/28, mediante la resolución 15/11 del Consejo de Derechos Humanos (30 de septiembre de 2010).

53] Como agencia directora en educación, la UNESCO ha presentado instrumentos que han supuesto un hito y han guiado su trabajo y el de otras agencias internacionales para la educación en derechos humanos. Entre ellos se cuenta la 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 (1974). Esta recomendación, que fue adoptada en la Conferencia General de la UNESCO de 1974, proporciona un marco normativo para promover la educación en derechos humanos, detallando los principios rectores y formulando un enfoque global. Promueve la acción en varios sectores de la educación y subraya la necesidad de comprender y respetar a todas las personas, sus culturas, civilizaciones, valores y modos de vida, así como la responsabilidad de los Estados Miembros de garantizar los derechos humanos y las libertades fundamentales.

54] De hecho, se invita a los Estados Miembros de la UNESCO a presentar regularmente informes nacionales periódicos sobre las medidas adoptadas para implementar esta Recomendación.⁴² El objetivo de verificar la implementación de esta Recomendación es verificar el proceso por el que se ha ido incorporando progresivamente los materiales y principios de derechos humanos a las herramientas legales, administrati-

37. Artículo 26 párr. 2 de la DUDH.

38. Para más información sobre estas dos iniciativas véase por favor <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/education/training/programa.htm>.

39. Plan de Acción para la primera etapa del Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos (A/59/525/Rev.1), en la redacción adoptada por la resolución 59/113 B de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

40. El Comité Interinstitucional de Coordinación de las Naciones Unidas para la Educación en Derechos Humanos en el Sistema Escolar se creó para realizar su labor durante la primera etapa y estaba compuesto de las siguientes agencias: OIT, OACDH, ONUSIDA, GNUD, PNUD, UNDP, UNESCO, FPNU, ACNUR, UNICEF, OOPS y el Banco Mundial.

41. Evaluación final de la aplicación de la primera etapa del Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos (A/65/322).

42. De acuerdo con la Resolución 34 C/87, documento 182 EX/35, se entregó el informe “Resultados de la Cuarta Consulta sobre la Aplicación de la 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” de 1974 en la 182ª sesión del Comité Ejecutivo (septiembre de 2009) y en la 35ª sesión de la Conferencia General (octubre de 2009).

vas, educativas y de enseñanza que guían la práctica diaria de la educación. Se invita a los Estados Miembros a consultar a las partes interesadas más relevantes y, en particular, a la institución nacional de derechos humanos.

55] Desde la ONU se invita a los Estados Miembros a proporcionar información sobre cualquier medida que hayan tomado para garantizar una educación y una capacitación adecuadas en derechos humanos a una amplia abanico de categorías profesionales, incluyendo al profesorado, y que se base en el marco de las Directrices Armonizadas sobre la preparación de informes con arreglo a los tratados internacionales de derechos humanos, adoptadas en la 18ª Reunión de los Presidentes de los Órganos Creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos en junio 2006. Los Estados deberían presentar información sobre cualquier medida tomada para promocionar el respeto a los derechos humanos mediante la educación y la capacitación en general, y dentro de las escuelas en particular.⁴³ Se invita a las ONG a apoyar a los Estados Miembros en esta tarea.

56] Siguiendo la resolución A/HRC/6/10 del Consejo de Derecho Humanos adoptada en septiembre de 2007, se puso en marcha un grupo de trabajo dentro del marco del Comité Consultivo del Consejo de Derechos Humanos para elaborar el borrador de la “Declaración de las Naciones Unidas sobre la Educación y la Formación en Derechos Humanos” propuesta. Una de sus tareas principales consistía en recoger información sobre instrumentos normativos e iniciativas clave relacionadas con los Derechos Humanos en Educación, la mayoría de las cuales provenía del reciente Decenio de las Naciones Unidas para la Educación en Derechos Humanos (1995-2004). El Comité también tuvo en cuenta otras iniciativas existentes tales como el Programa Mundial de las Naciones Unidas para la Educación en Derechos Humanos (PMEDH, 2005-en curso). Con el fin de mejorar la conciencia a largo plazo sobre la educación en derechos humanos, la UNESCO contribuyó activamente en el proceso de redacción de esta declaración de las Naciones Unidas. Las Comisiones Nacionales para la UNESCO así como las Cátedras UNESCO y las ONG asociadas fueron invitadas a compartir sus experiencias y aprendizajes en diversas ocasiones. El Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta terminó el borrador de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la educación y formación en derechos humanos (10-14 de enero de 2011) y a continuación, el Consejo de Derechos Humanos lo adoptó en su resolución 16/1 (23 de marzo de 2011).

57] Se invita a las ONG en concreto a participar enviando la información pertinente sobre la inclusión de la educación y formación en derechos humanos en sus actividades.⁴⁴

5. ESTRATEGIAS DE DEFENSA EN JUSTICIA

58]

- Enfocar la educación como un derecho humano y no un servicio.
- Preservar el interés público en educación.
- El derecho a la educación es justiciable como derecho independiente. No necesita ir vinculado a otro derecho humano.
- Priorizar el principio de interés superior del niño en políticas públicas y marcos legales.
- El derecho universal a la educación también está relacionado con la universalidad de los derechos: la educación está estrechamente vinculada a todos los derechos, incluidos el derecho a la alimentación, a la vivienda, a tener una familia, al trabajo, etc.
- Deberían analizarse políticas y planes, así como estrategias financieras macro y microeconómicas con el fin de definir el impacto potencial que tendrán en los niños y niñas.
- La infancia carece de voz política –depende de los adultos para presentar sus demandas– pero es una prioridad del sistema legal. La Convención sobre los Derechos del Niño subraya que todos los niños y niñas deberían tener garantizado el acceso a la educación, independientemente de su estatus legal o del de sus padres y madres. Por esta razón, se requiere a los defensores de la infancia financiados con fondos públicos, las ONG, los consejos especiales, los defensores públicos o los defensores del pueblo que representen sus demandas.
- Asegurar la igualdad de oportunidades educativas para todos en el derecho y en la práctica. Es importante subrayar aún más la acción a nivel nacional para universalizar el acceso a una educación de calidad para todos, sin discriminación o exclusión alguna. Podrían ser necesarias medidas positivas y acciones afirmativas para mitigar las desigualdades en las oportunidades educativas. La equidad, la calidad y la financiación son las áreas clave para impulsar la agenda de la EPT.
- La financiación de la educación: desarrollo de un marco legal
- Medir el impacto de las campañas de sensibilización

43. Directrices armonizadas sobre la preparación de informes con arreglo a los tratados internacionales de derechos humanos, que incluyen directrices sobre un documento básico común y documentos específicos por tratado, documento de la ONU HRI/GEN/2/Rev.6 (2009) disponible en: www2.ohchr.org/english/bodies/icm-mc/docs/9th/HRI-GE-2-Rev6_sp.doc.

44. Véase, por ejemplo, *Human rights education in the school systems of Europe, Central Asia and North America: a compendium of good practices*, OSCE, CoE, OSCE/ODIHR, UNESCO and OHCHR, 2009.

EJERCICIOS

- 1) Identifique **las obligaciones** (de respetar, proteger y cumplir) y **las violaciones** (tasas, naturaleza obligatoria, formación de profesorado; grupos: mujeres y niñas, minorías, situaciones de emergencia, pobreza extrema) relacionadas con el derecho a la educación.
- 2) Identifique el papel que juegan los representantes de los Estados, las ONG y la judicatura en los avances en la implementación del derecho a la educación.
- 3) Proporcione elementos para incluir los derechos humanos en una estrategia de análisis presupuestario aplicado a la educación.

El derecho a una alimentación adecuada

- 57 –
- 1. Definición/es del derecho a una alimentación (adecuada)
- 59 –
- 2. Obligaciones de los Estados derivadas del derecho a la alimentación
- 60 –
- 3. Obligaciones básicas derivadas del derecho a la alimentación
- 61 –
- 4. Deberes de protección igualitaria y no discriminación
- 62 –
- 5. Directrices Voluntarias de apoyo a la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional
- 63 –
- 6. Cómo desarrollar marcos legislativos que reconozcan e implementen el derecho a la alimentación como derecho justiciable
- 64 –
- 7. Estrategias de defensa en justicia

EL DERECHO A UNA ALIMENTACIÓN ADECUADA



© Asianet-Pakistan

Resulta difícil de creer que haya millones de personas en el mundo sufriendo y muriendo todavía de malnutrición, hambre e inanición. Esta situación no se verá aliviada a menos que se ataquen las raíces del hambre y la pobreza. Las prioridades clave de toda estrategia enfocada a paliar la pobreza deberían incluir el fortalecimiento de la implementación efectiva de las políticas y el desarrollo de una definición clara del derecho a la alimentación como derecho autónomo. Este capítulo presenta los retos que afrontan los aspectos operativos del derecho a la alimentación y los argumentos en favor de que este derecho humano sea implantado como derecho justiciable. Subraya la necesidad de desarrollar marcos legales basados en los derechos humanos para reconocer el derecho a la alimentación como un derecho de todas las personas. También muestra ejemplos de actividades de las ONG sobre el terreno, que han jugado un papel crucial ofreciendo soluciones de primera mano para aquellas personas más vulnerables ante el hambre y la pobreza, especialmente las mujeres y la infancia.

1. DEFINICIÓN DEL DERECHO A UNA ALIMENTACIÓN ADECUADA¹

1] Aunque el derecho a la alimentación fue uno de los primeros derechos humanos estudiados dentro del marco del Sistema de las Naciones Unidas, su avance y estudio ha tenido lugar de manera relativamente reciente si lo comparamos con otros derechos económicos, sociales y culturales (ESC). El contenido de este derecho ha sido desarrollado a nivel nacional durante las últimas dos décadas, pero sobre todo en lo que respecta a su relación con otros derechos humanos, como el derecho a la vida,² al trabajo y la renta³ (especialmente en relación con el aspecto adquisitivo), a la educación, a la vivienda o a la salud. El derecho a la alimentación constituye, por tanto, un ejemplo de la interrelación e interdependencia de los derechos humanos: (especialmente en relación con el aspecto adquisitivo), a la educación, a la vivienda o a la salud. El derecho a la alimentación constituye, por tanto,

un ejemplo de la interrelación e interdependencia de los derechos humanos: se define a través de otros derechos humanos al tiempo que proporciona elementos al contenido de otros derechos.⁴ Hoy en día, sin embargo, numerosos casos demuestran cómo ha ido aumentando progresivamente el reconocimiento a nivel nacional del derecho a la alimentación como un derecho justiciable.⁵

2] Como ya se mencionó en el capítulo concerniente al derecho a una vivienda apropiada, el **Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)** menciona el derecho a una alimentación adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado.⁶ Como sucede con el derecho a una vivienda apropiada, una alimentación adecuada es indispensable para el cumplimiento de otros derechos humanos. En su artículo 11, el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) consagra el derecho a una alimentación adecuada y proporciona la orientación principal sobre las obligaciones de los Estados a nivel nacional.⁷ El Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, en su primer

1. En este documento nos referimos indistintamente al derecho a la alimentación y al derecho a una alimentación adecuada, de acuerdo con la interpretación presentada en la Observación General n° 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Según esta definición, el derecho a la alimentación incluye la idoneidad y sostenibilidad de la disponibilidad y el acceso al alimento.

2. Hallamos ejemplos de la interrelación del derecho a la alimentación y el derecho a la vida en el caso *India Maneka Gandhi v. La Unión de la India* AIR 1978 SC 597, en el que el Tribunal Supremo consideró que: “el derecho a la vida consagrado en el Artículo 21 significa algo más que el instinto animal e incluye el derecho a vivir con dignidad humana, e incluiría todos aquellos aspectos que hacen que la vida tenga sentido, sea completa y digna de ser vivida.” De manera similar, en el caso *Shantistar Builders v. Narayan Khimalal Totame* (1990) 1 SCC 520, el que el Tribunal Supremo consideró que el derecho a la vida está garantizado en cualquier sociedad civilizada. Este derecho incluiría el derecho a la alimentación. En el caso *Chameli Singh v. el Estado de U.P.*, AIR 1978 SC 597, se establece que el derecho a la vida está garantizado en toda sociedad civilizada y que incluye el derecho a la alimentación, al agua, al ambiente limpio, a la educación, a la asistencia sanitaria y al refugio, entre otros.

3. Dado que el empleo está vinculado al poder adquisitivo y consecuentemente a la seguridad alimentaria, el derecho al trabajo es crucial para cumplir con el derecho a la alimentación.

4. Véase, por ejemplo, Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Defensor del Pueblo de la Nación c. el Estado Nacional y otra*, 2007, donde la Corte Suprema protegió el acceso a la alimentación y al agua de comunidades indígenas que morían debido a la falta de acceso a la alimentación y al agua. Véase también el caso *Sawhoyamaya v. Paraguay*, 2006, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que la Corte protegió el derecho a la alimentación de la comunidad indígena *Sawhoyamaya* protegiendo su derecho a la vida.

5. Véase, por ejemplo, “Derecho a la Alimentación y Acceso a la Justicia: ejemplos a nivel nacional, regional e internacional”, FAO, 2009.

6. Véase el capítulo relativo al derecho a una vivienda apropiada, nota al pie 1.

7. El Artículo 11 del PIDESC establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.” Otros muchos instrumentos internacionales mencionan el derecho a la alimentación, incluida la Convención sobre los Derechos del Niño (Artículo 24).

informe anual ante el Consejo de Derechos Humanos,⁸ subrayó que este derecho humano necesita centrarse en los beneficiarios y beneficiarias, y que debería darse prioridad a las necesidades de los grupos más marginados, incluyendo especialmente a los pequeños agricultores de los países en vías de desarrollo.

3] El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) aclaró el contenido de este derecho en la **Observación General n° 12**,⁹ afirmando que el derecho a una alimentación adecuada se ejerce cuanto todo hombre, mujer, niño o niña, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a una alimentación adecuada o a medios para obtenerla.¹⁰ El CESCR estableció, por consiguiente, que esta definición no debe interpretarse de forma restrictiva, asimilándola a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos. El derecho a la alimentación tendrá que entenderse como un concepto amplio que requiere una implementación progresiva. No obstante, la definición básica de este derecho humano descansa en dos elementos principales: la disponibilidad y la accesibilidad de los alimentos. La accesibilidad puede lograrse bien por de medios económicos (renta) o bien mediante el acceso directo al alimento (provisión directa de alimentos). En este sentido, el Comité ha subrayado que el problema de la malnutrición y la disponibilidad de los alimentos está vinculado a la accesibilidad de los mismos, y ha recalado su conexión con la pobreza.¹¹

4] La realización progresiva del derecho a la alimentación engloba medidas inmediatas y a largo plazo. Impone a los Estados la obligación de dar los pasos necesarios para mitigar o paliar el hambre y la inanición en cualquier situación, adoptando medidas que posibiliten a las personas más pobres el acceso a una alimentación equilibrada y nutritiva, garantizando el cumplimiento de los aspectos básicos de este derecho humano.¹² A largo plazo, las **Directrices Voluntarias sobre la Realización Progresiva del Derecho a una Alimentación Adecuada en el Contexto de la Seguridad Alimentaria Nacional (Directrices Voluntarias)** adoptadas por todos los Estados Miembros de la FAO, abordan de una forma exhaustiva y holística las medidas que deberían tomarse para construir un entorno que permita a las personas alimentarse por sí mismas, un sistema asistencial para quienes no sean capaces de hacerlo y medidas para potenciar la rendición de cuentas de todos los agentes estatales.¹³ Más concretamente, la Directriz Voluntaria 7, por ejemplo, se centra en la existencia de mecanismos independientes de protección que permiten que los grupos vulnerables accedan a recursos eficaces cuando se viola su derecho a una alimentación adecuada. Esta recomendación va más allá, puesto que exige la difusión de información relativa al derecho que ostentan los grupos vulnerables en este sentido. Además, las Directrices Voluntarias animan a los Estados a garantizar la realización progresiva del derecho a la alimentación mediante una estrategia de crecimiento coherente con

los objetivos y las obligaciones de los derechos humanos y que debería centrarse en las personas más vulnerables (evaluaciones de impacto, programas en red, etc.). En el desarrollo de políticas orientadas a potenciar la protección del sustento, es fundamental la implementación de un sistema de seguridad alimentaria que facilite estrategias sostenibles para acceder a una alimentación adecuada, sin que este derecho humano se vea minado por restricciones presupuestarias.¹⁴

Programas Hambre Cero: las experiencias de Brasil y Nicaragua

Las autoridades brasileñas crearon una Política de Alimentación y Nutrición con un programa nacional de seguridad alimentaria denominada Programa Hambre Cero. Un Consejo Nacional para la Seguridad Alimentaria y Nutricional (CONSEA) permite a las ONG y a las autoridades gubernamentales compartir experiencias y poner en marcha estrategias para la implementación de estrategias de alimentación.

El programa incluye los siguientes componentes pluridimensionales: **(1)** El diseño de un **nuevo modelo económico** basado en la **mejora de la renta** (que incluye ingresos y empleo, el nivel de generación de políticas, la ampliación de la seguridad social y la reforma agraria); **(2)** Una mejor **distribución de la renta**, basada en el **incremento del Suministro Básico de Alimentos** (que incluye el fortalecimiento de la agricultura familiar, incentivos al autoconsumo y una política de agricultura y producción alimentaria); **(3)** **El Crecimiento del Mercado Nacional**, basado en **Acciones de Emergencia** (que incluye bonos de comida, una cesta básica de alimentos, comida gratuita a niños y niñas en la escuela, programas especiales, un banco de alimentos y bolsas de seguridad alimentaria); y finalmente, **(4)** **Más empleo y mejores Salarios**, basado en el **Abaratamiento de los Alimentos** (que incluye restaurantes populares, acuerdos entre supermercados y mercados de alimentos in-natura, canales comerciales alternativos y equipamiento público). Véase más información sobre el proyecto en: <http://www.fomezero.gov.br/> (portugués) y <http://www.rlc.fao.org/fondofaobrasil/d/fomees.pdf> (castellano)

En línea con el programa brasileño Hambre Cero, **Nicaragua**, uno de los países más pobres de Latinoamérica, lanzó la misma iniciativa para el período 2008-2012, centrándose en la salud madre e hijo, la alimentación para la educación y la alimentación para la formación, con 225.000 beneficiarios. El programa actual cubre el 70% de las necesidades identificadas en el análisis e inventario de vulnerabilidades.

Para más información, véase: el informe de 2009 de la FIAN Internacional, *El Derecho a la Alimentación y la lucha para combatir el hambre en Nicaragua: Un Año del Programa Hambre Cero*, disponible en: www.bvsde.paho.org/texcom/nutricion/alimen_nic.pdf

y también el Plan de Acción del Programa de País 2008-2012 entre el Gobierno de la República de Nicaragua y el PNUD, disponible en: <http://web.undp.org/latinamerica/country-docs/CPAP%20Nicaragua-2008-2012.pdf>

8. Olivier De Schutter asumió el cargo el 1 de mayo de 2008, informe A/64/170.

9. Documento de la ONU E/C12/1999/5.

10. Véase la Observación General n° 12, párr. 6.

11. Observación General n° 12, párr. 5.

12. Véase, por ejemplo, M. Borghi y L. Postiglione Blommestein (eds) 2005, *The right to adequate food and access to justice*, Friburgo, Suiza, Editions Universitaires.

13. Adoptada por la 127ª Sesión del Consejo de la FAO en noviembre de 2004. La Sección 5 de este capítulo desarrolla el contenido de las Directrices Voluntarias. Según la Directriz Voluntaria n° 5 relativa a las Instituciones (7) sobre los marcos legales y (17) sobre el control, los indicadores y las cotas de referencia son especialmente adecuados en lo que respecta a la realización progresiva de este derecho, a fin de garantizar su implementación progresiva. Se dará más información sobre las Directrices Voluntarias en la sección relativa a la implementación del Derecho a la Alimentación.

5] La protección progresiva es un reto complejo que aborda las prioridades de alimentación y la gestión de la producción y distribución de alimentos a través de sistemas de alimentación. Esto sólo puede lograrse a través de la implementación de una estrategia amplia que englobe diversos agentes y actividades y que incluya: planes de aprovisionamiento y almace-

14. Para más información, véase: FAO, *The right to Food: Putting it into practice*, Brief 2, Economic Development Policy disponible en: http://www.fao.org/righttofood/KC/downloads/vl/docs/02_economic_19.pdf

namiento de reserva, diversificación de cosechas, el papel del sector privado, políticas de descentralización, planes para los agricultores, incentivos, ayudas, implantación de programas de nutrición y programas de empleo.

6] Los y las titulares del derecho son numerosas. Incluyen las poblaciones urbanas y rurales, en las que hay productores y proveedores, tales como agricultores, trabajadores y obtenedores. La accesibilidad y disponibilidad del alimento depende de los medios de aprovisionamiento creados por los mercados, los programas de alimentación, las estrategias estatales de distribución y el papel de los agentes privados. Por lo tanto, la regulación y el control son vitales para el respeto y expansión del derecho.

2. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS DERIVADAS DEL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

7] La tipología tripartita explicada en el Capítulo III relativa a las obligaciones genéricas de **respetar**, **proteger** y **cumplir** ha sido desarrollada en la Observación General n° 12, que establece dos dimensiones dentro de la obligación de cumplir, a saber, la obligación de **facilitar** y la obligación de **hacer efectivo**.¹⁵

8] La obligación de **respetar** se refiere al deber de respetar el acceso existente a una alimentación adecuada. Esta obligación requiere que los Estados no tomen ninguna medida que impida dicho acceso.¹⁶ La Directriz Voluntaria 8.1 aclara que los Estados “deberían proteger los bienes que son importantes para la subsistencia de la población”. El caso *Kishen Pattnayak y otro v. el Estado de Orissa*,¹⁷ el primer caso de la India relacionado con el derecho a la alimentación, expresa la importancia del acceso a la alimentación para paliar la pobreza. El caso, llevando ante el Tribunal Supremo de la India, trató la situación de extrema pobreza de la población de Kalandhandi en Orissa, donde cientos de personas estaban muriendo de inanición, y donde los niños y niñas eran especialmente vulnerables. El Tribunal Supremo de la India dio instrucciones al gobierno para que tomara medidas con el fin de evitar muertes debidas a la pobreza y la inanición, pero no detalló medidas específicas para poner fin a la situación en sí misma.

9] Es más, en el caso *Taito Rarasea v. el Estado*,¹⁸ en Fiji, la carencia de alimento para un prisionero que cumplía una larga condena se consideró un tratamiento cruel, inhumano y degradante. El Alto Tribunal de Fiji se basó tanto en el PIDESC y como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y consideró que reducir la ración de alimento establecida en la Ley de Prisiones y utilizar el alimento como herramienta de control, constituía una violación del derecho

a una alimentación adecuada. Este caso constituye una base importante para la indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

10] En el caso *Kenneth George*,¹⁹ unas comunidades de pesca artesanal presentaron una acción colectiva ante del Alto Tribunal de la Provincia de Cabo de Buena Esperanza de Sudáfrica, y solicitaron la protección de sus derechos pesqueros así como de su derecho a la alimentación. Alegaron una violación de la obligación de respetar el derecho a la alimentación causada por una medida regresiva consistente en bloquear el acceso al mar de las comunidades pesqueras tradicionales, lo que originaba pobreza entre dichas comunidades de pesca artesanal, que dependían de las prácticas pesqueras tradicionales. Además, denunciaron la existencia de una política de exclusividad en la pesca que les obligaba a integrar prácticas de la industria pesquera comercial a sus propias prácticas o a afrontar la exclusión de las operaciones legales de pesca. En su fallo, el Alto Tribunal ordenó la redacción de una nueva ley con la participación de la comunidad y de acuerdo con las obligaciones legales nacionales e internacionales.

11] La obligación de **proteger** el derecho a la alimentación impone el deber de regular las actividades relacionadas con el acceso a la alimentación, garantizando que terceras partes (agentes privados o particulares) no obstaculicen la dicha accesibilidad. Por ejemplo, en el caso del *Centro de Acción para los Derechos Sociales y Económicos y el Centro de Derechos Económicos y Sociales v. Nigeria*,²⁰ la acción de las autoridades estatales, que destruyó y amenazó las fuentes de alimentación del pueblo Ogoni de Nigeria constituyó una violación del deber de proteger. De hecho, la demanda fue interpuesta por dos organizaciones no gubernamentales: El Centro de Acción para los Derechos Económicos y Sociales (SERAC) y el Centro para Derechos Económicos y Sociales (CDES). La demanda detallaba una serie de violaciones de los derechos humanos provocados por la acción recurrida llevada a cabo por el gobierno militar de Nigeria por un lado y por la Compañía Petrolera Nacional Nigeriana (NNPC) en una joint venture con la Shell Petroleum Development Corporation (SPDC) por el otro. Sus actividades en la región Ogoni causaron una importante degradación ambiental, así como la destrucción de viviendas, quema de cosechas, matanza de animales y problemas de salud entre la población Ogoni. Esto último fue resultado de la contaminación ambiental y especialmente, de la contaminación del suelo, el agua y el aire, la destrucción de sus hogares, la quema de las cosechas y la matanza de los animales de granja. La obligación de proteger se violó porque el Estado omitió tomar medidas para evitar que la empresa privada destruyera los recursos alimentarios de los Ogoni. Esta violación ocurrió por el uso de diversos medios, entre los que se contaba la participación de las autoridades estatales en un desarrollo petrolero irresponsable, que envenenó parte del suelo y el agua de los que dependían la agricultura y la pesca de los Ogoni. Esta situación motivó la destrucción de campos de cultivo y cosechas, el envenenamiento de ríos y animales, y generó malnutrición e inanición entre las comunidades Ogoni.

15. Nota ut supra 21, OG 12 párr. 15.

16. Véase la Observación General n° 12, párr. 19.

17. A.I.R. 1989 S.C. 677.

18. Apelación Penal, n° HAA0027 de 2000, 12 de mayo de 2000. Véanse también los casos del Comité de Derechos Humanos relativos al derecho a la alimentación de los prisioneros y prisioneras: *Mukong v. Cameroon*, Comunicación 458/1991, 1994 y *Lantsova c. Fédération de Russie*, Comunicación n° 763/1997, 2002.

19. *Kenneth Georges y Otros vs. el Ministro de Asuntos Ambientales y Turismo*, 05 02 2007.

20. Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 27 de octubre de 2001, Comunicación n° 155/96.

12] La obligación de **facilitar** implica cualquier actividad que tenga como fin fortalecer el acceso y la utilización de recursos y medios que aseguren los medios de vida, incluida la seguridad alimentaria. También incluye toda la variedad de medidas que las autoridades deberían desarrollar en los diferentes ámbitos de actuación (legal, político, institucional, programático, estratégico, etc.) El deber de **hacer efectivo** trata más bien de la obligación de los Estados de garantizar que las personas con limitaciones especiales puedan disfrutar del derecho a una alimentación adecuada, siendo esto aplicable en todas aquellas circunstancias en que los individuos o grupos sean incapaces de alimentarse por los medios a su alcance. El CESCR ha añadido que esta obligación tiene especial importancia en situaciones de desastres naturales.²¹

3. OBLIGACIONES BÁSICAS DERIVADAS DEL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

13] Una obligación básica del derecho a la alimentación es la de garantizar con carácter inmediato la erradicación del hambre, lo que significa a efectos prácticos que se proporcionen los recursos básicos mínimos que permitan que las personas dejen de ver amenazada su supervivencia. Este objetivo tiene dos características centrales: la **suficiencia de recursos** (que incluye tanto la dimensión cuantitativa como la cualitativa) y la **accesibilidad**. En términos del CESCR, la **suficiencia de recursos** y la **accesibilidad** son por tanto elementos básicos del derecho a la alimentación. Es más, el CESCR menciona otros dos principios de los cuales depende el mantenimiento a largo plazo de la suficiencia de recursos y la accesibilidad: son la **disponibilidad** y la **sostenibilidad** de la alimentación.

14] En relación con los objetivos inmediatos, la **suficiencia de recursos** significa que la alimentación (que incluye los alimentos sólidos pero también los aspectos nutricionales del agua potable) o la dieta deberían ser adecuadas.²² Este elemento ha sido de particular importancia en las jurisdicciones nacionales en relación con la protección especial de las personas vulnerables. En el histórico caso de la India de la **Unión Popular para las Libertades Civiles (PUCL) v. la Unión de la India y Otros**,²³ iniciado por la ONG local Human Rights Law Network (HRLN) y popularmente conocido como **“el caso PUCL”** o **“el caso del Derecho a la Alimentación”**, el Tribunal Supremo de la India desarrolló el concepto de suficiencia de recursos en relación con el derecho a la vida.²⁴ El Tribunal estudió qué significaba una ración en una dieta y verificó los elementos nutrientes que se aportaba a mujeres embarazadas, niños y niñas, chicas

y adolescentes. El Tribunal afirmó que debería proporcionarse alimento a las personas ancianas, débiles, con discapacidad, hombres y mujeres indigentes en riesgo de inanición, mujeres embarazadas y lactantes y niños y niñas indigentes, especialmente en aquellos casos en los que ellos o miembros de sus familias no tienen recursos suficientes para proporcionarles alimento. El Tribunal ordenó la utilización inmediata y sin demora de las reservas de alimentos con el fin de evitar el hambre y la inanición. Después, el Tribunal solicitó a los Estados que identificaran a las familias que estuvieran por debajo del umbral de la pobreza (BPL), con el fin de identificar acciones específicas de alimentación. Basándose en el caso PUCL, el Tribunal Supremo de la India aprobó más de veinte “órdenes provisionales”²⁵, demandando del gobierno que: **(1)** introdujera comidas calientes al mediodía en todas las escuelas de primaria, **(2)** proporcionara 35 kg. mensuales de grano a precios muy subvencionados a los 15 millones de hogares indigentes dentro del componente Antyodaya del Sistema de Distribución Pública PDS, **(3)** doblara la asignación de recursos para el mayor programa de empleo rural de la India (programa Sampoorna Grameen Rozgar Yojana) y que **(4)** universalizara los Servicios Integrados para el Desarrollo del Niño. El Tribunal también fue capaz de identificar la cantidad mínima de nutrientes y alimento que debía proporcionarse. Para un niño o niña malnutrida, la dieta debería ser de 600 calorías y 16-20 gramos de proteína; para un niño o niña menor de 6 años, debería tener 300 calorías e incluir 8-10 gramos de proteína y para una niña adolescente, 500 calorías y 20-25 gramos de proteína.

Campana Derecho a la Alimentación

El **caso PUCL**, que inicialmente tuvo impacto en Rajasthan, logró un mayor alcance, y hoy en día engloba casi todos los planes nacionales de alimentación de la India. Como consecuencia de ello, se implementó una auténtica y eficaz **Campana de Derecho a la Alimentación** con el apoyo de las ONG. Se difundieron las siguientes garantías de derecho derivadas del caso PUCL: La Ley de Nacional de Garantía del Empleo Rural (NREGA), Los Servicios Integrados para el Desarrollo del Niño (ICDS), el Plan de Almuerzos (MDM) y el Sistema de Distribución Pública (PDS). Adicionalmente, el Departamento de Alimentación y Distribución Pública, el Ministro de Asuntos de Consumo, Alimentación y Distribución Pública, han preparado el borrador de un Proyecto de Ley de Seguridad Alimentaria Nacional que actualmente está siendo debatida. Este caso es crucial para comprender cómo un programa de asistencia se convirtió en una estrategia nacional, apoyado por la protección legal del derecho a una alimentación adecuada para las personas pobres. Subraya cómo las ONG pueden participar activamente en este reconocimiento (para más información, véase www.righttofoodindia.org).

15] La **accesibilidad** del alimento es un requisito compuesto por dos elementos: la **accesibilidad física**, que da acceso a todas las personas y especialmente a las personas vulnerables que no pueden obtener alimentos por sí mismas. A este respecto, la OG menciona expresamente a las víctimas de desastres naturales, las personas enfermas y enfermas terminales,

21. Véase la Observación General n° 12, párr. 15.

22. La dieta también debería contener la mezcla de micronutrientes necesaria para el crecimiento físico y psicológico de acuerdo con el género y la ocupación de las personas. No debería contener sustancias nocivas o tóxicas, es decir, debería ser segura (en lo que respecta a la contaminación de los alimentos, la adulteración o las condiciones ambientales) y debería ser culturalmente aceptable para el consumidor o consumidora; debería integrarse en la cultura dietética y proporcionar accesibilidad al suministro de alimentos. Véase la Observación General n° 12, párr. 14.

23. 2004(2) SCC 476. Solicitud de Orden Judicial (Civil) 196 presentada en 2001 a través de un PIL y basada en el Artículo 21 de la Constitución de la India. La solicitud se centra en la necesidad general de defender el derecho a la alimentación, especialmente la distribución de alimentos en áreas de la India en las que se suceden las muertes por inanición.

24. Algunas menciones también hacen referencia al derecho al trabajo.

25. Las órdenes provisionales son herramientas de acción inmediata que buscan parar una violación y mantener la rendición de cuentas de los gobiernos. Son de aplicación durante el periodo indicado en cada caso y pueden ser incorporadas a la sentencia definitiva.

la población indígena y los niños y niñas. El segundo elemento es la **accesibilidad económica**, que está relacionada con la renta, que es la base para la adquisición de alimentos.

16] Ciertos casos han arrojado luz sobre el tema de la accesibilidad física. El Tribunal Argentino ordenó que se incluyera en un plan de alimentación a una persona enferma y muy vulnerable que sufría de cáncer.²⁶ Sin embargo, en el caso **C.M.D. y otros c. GCBA**,²⁷ relativo a la exclusión arbitraria de una mujer y sus hijos de un programa de alimentación, el Tribunal Argentino falló en contra de la parte demandante y no aceptó su inscripción en un programa de alimentación alternativo, sino que ordenó que se proporcionara alimentación adecuada a la parte demandante y a sus hijos como solución temporal contra la malnutrición. En la India se tomó una decisión similar en el caso anteriormente mencionado de la **Unión Popular para las Libertades Civiles PUCL v. la Unión de la India**, en el que el Tribunal ordenó que se incrementara el número de centros que proporcionaban alimento a niños y niñas (Agawandi Centers – AWCS) en el plazo de los tres meses siguientes al fallo del Tribunal.²⁸

17] En la resolución **T-602 de 2003**²⁹ relativa al derecho a la alimentación de menores desplazados, el Tribunal Constitucional de Colombia ordenó la protección de una mujer mayor desplazada, madre de dos niños. El Tribunal estudió el sistema de protección de las poblaciones desplazadas en su integridad y citó programas, proyectos, planes rurales, subsidios e iniciativas de seguridad alimentaria para la protección a las víctimas de situaciones de desplazamiento. El Tribunal insistió en la accesibilidad económica, subrayando que el apoyo financiero era esencial para ayudar a las personas a escapar de la pobreza, y decidió que la política pública para los desplazamientos no era adecuada. El Tribunal consideró que el derecho a la alimentación era parte del derecho a una nivel de vida adecuado y ordenó la implementación de un programa integral de alimentación para niños y niñas desplazadas.³⁰ La importancia de esta decisión reside en el hecho de que el Tribunal ordenó a las autoridades que incluyera a la parte demandante en un plan de seguridad alimentaria “productivo, integral y viable” dentro de los seis meses siguientes al fallo del Tribunal y que cubriera los gastos.

18] Como ya se mencionó anteriormente, hay dos conceptos de mantenimiento a largo plazo relacionados con las obligaciones inmediatas de los Estados: la **disponibilidad** de los alimentos, que hace referencia a la posibilidad de alimentarse uno mismo directamente de los recursos naturales y la tierra productiva, así como de los sistemas de producción, distribución y mercado que proporcionan alimentos allí donde se necesitan, y la **sostenibili-**

dad, que versa sobre la seguridad alimentaria y la disponibilidad y existencia a largo plazo de alimentos para las generaciones venideras. Garantizar la sostenibilidad de los alimentos producidos y consumidos requiere la plena utilización de una amplia y compleja diversidad de conocimientos en los campos de la tecnología, la agricultura, las ciencias ambientales, la salud, la seguridad alimentaria y las ciencias sociales, entre otros.

4. LOS DEBERES DE PROTECCIÓN IGUALITARIA Y NO DISCRIMINACIÓN

19] La implantación de estrategias inclusivas de alimentación requiere la integración de los **principios PANTHER**, especialmente del principio y derecho de la no discriminación y protección igualitaria.³¹ Incluso en situaciones en las que el alimento está disponible, la existencia de políticas, planes y sistemas de distribución discriminatorios puede menoscabar completamente el derecho a la alimentación. De hecho, el acceso igualitario a la alimentación debería estar garantizado a través del acceso a la tierra, la propiedad, el crédito y la tecnología. La discriminación puede adoptar diferentes formas, por ejemplo: discriminación legal por la que el derecho a la alimentación de las personas pobres o vulnerables no está reconocida en el marco legal, discriminación como causa y consecuencia de patrones culturales antiguos que a veces excluyen a las mujeres o a grupos de la población del acceso a un derecho determinado, formas de discriminación como la exclusión por una mala administración, el mantenimiento de excedente de existencias, o la exclusión de sectores de la población a través de estrategias de marketing.

20] Además, es crucial incluir el enfoque del género en las estrategias de alimentación. Proporcionar una alimentación inadecuada a las mujeres, especialmente a las mujeres embarazadas, o excluirlas de los procesos productivos es una violación de su derecho a la alimentación. **La Directriz Voluntaria 8.6** menciona explícitamente el principio de acceso igualitario de la mujeres a los recursos productivos, afirmando que: *“Los estados deberían promover la participación plena y en condiciones de igualdad de la mujer en la economía y, con este fin, introducir, donde no existan, y aplicar leyes sensibles al problema de la igualdad entre los sexos que otorguen a las mujeres el derecho a heredar y poseer tierra y otros bienes. Asimismo, los Estados deberían proporcionar a las mujeres un acceso seguro y equitativo a los recursos productivos, como el crédito, la tierra, el agua y tecnologías apropiadas, y el control sobre ellos, para que puedan recibir los beneficios que deriven de dichos recursos”*.³²

26. Tribunal Administrativo n° 4 de Buenos Aires, González Rayco, Artidora c. GCBA s. amparo, 05/19/2005 s. de amparo, Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario n° 3 Buenos Aires 11/03/03.

27. S/ de amparo, Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario n° 3 Buenos Aires 11/03/03. La solicitante fue excluida del programa de alimentación “Vale Ciudad”. A resultados de esta exclusión arbitraria, sus hijos sufrieron una notable pérdida de peso y fueron tratados por malnutrición en un hospital. El Tribunal ordenó que se le debían proporcionar paquetes de alimentos, pero indicó que no se la podía inscribir legítimamente en un programa de alimentación.

28. Véase op cit, párr. 14.

29. Resolución T-602 de 2003 de la Corte Constitucional de Colombia, Ana Zárate de Bernal c. Red de Solidaridad Social y INURBE.

30. Véase también la encuesta conjunta llevada a cabo por el Programa Mundial de Alimentos (PMA) y el CICR, “Identificación de las Necesidades Alimentarias y no Alimentarias de los Desplazados Internos”, del 27 de diciembre de 2004, disponible en <http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/informecicr-pma.zip>

31. Los (principios) PANTHER es un memorando redactado por la FAO, que se refiere a los principios de derechos humanos Participation (participación), Accountability (rendición de cuentas), Nondiscrimination (no discriminación), Transparency (transparencia), Human dignity (dignidad humana), Empowerment (empoderamiento) y Rule of law (estado de derecho). Una aplicación deliberada de estos principios permite a los expertos y expertas en planificación de desarrollo diseñar estrategias integradas, holísticas y específicas de empoderamiento, igualdad e inclusión para compensar las violaciones de los derechos humanos y avanzar en los procesos de rendición de cuentas.

32. Notas ut supra 13 y 14, Directriz Voluntaria 8.6. Esta inclusión del género en las estrategias de seguridad alimentaria se ha incorporado, por ejemplo, en el Artículo 15 del reciente Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África, que establece que, en el marco del derecho a la seguridad alimentaria, los Estados deberían: (a) proporcionar a las mujeres acceso al agua potable limpia, fuentes de combustible de consumo doméstico y medios para producir alimentos nutritivos, y (b) establecer sistemas adecuados de suministro y almacenaje que garanticen la seguridad alimentaria.

5. DIRECTRICES VOLUNTARIAS EN APOYO A LA REALIZACIÓN PROGRESIVA DEL DERECHO A UNA ALIMENTACIÓN ADECUADA EN EL CONTEXTO DE LA SEGURIDAD ALIMENTARIA NACIONAL - LAS DIRECTRICES VOLUNTARIAS

21] Las **Directrices Voluntarias en apoyo a la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional (en lo sucesivo, Directrices Voluntarias)**³³ es uno de los primeros documentos intergubernamentales que trata de la puesta en práctica de un derecho ESC. Aunque las Directrices Voluntarias deben adoptarse por los Estados y no tienen carácter obligatorio, tienen carácter autoritario y pueden suponer una herramienta eficaz para un amplio abanico de profesionales. Se centran en la implementación efectiva de los derechos ESC como derechos humanos del mismo rango que los derechos civiles y políticos. Evocan el acceso a los recursos productivos así como la asistencia a aquellas personas que no tienen acceso o no pueden proveerse por sí mismas. Estas directrices también constituyen un recurso para las autoridades legislativas y las políticas públicas, dado que traducen un derecho a recomendaciones y solicitan el desarrollo de marcos institucionales y legislativos. También constituyen un valioso apoyo y una herramienta de control para uso de la sociedad civil.

22] Las **Directrices Voluntarias** contienen diecinueve disposiciones³⁴ que incorporan gran parte del contenido de la Observación General nº 12. No obstante, incluyen disposiciones adicionales que deberían ser tenidas en cuenta por los Estados Miembros, las ONG y otros agentes responsables del avance del derecho a la alimentación a nivel nacional. A pesar de su carácter no vinculante, las Directrices Voluntarias mencionan algunas obligaciones estatales incluidas en el PIDESC que sí son vinculantes.³⁵

23] Basándose en el principio de **interdependencia** de los derechos humanos, las Directrices Voluntarias proponen cinco pasos para implementar el derecho a la alimentación:

(1) **Promoción y capacitación.** La información da poder a la población para reclamar sus derechos y su acceso a los mecanismos legales: proporciona visibilidad y da voz a las personas pobres. Las personas pobres ya existen dentro del sistema legal y pueden ser sujetos de derecho en vez de víctimas. Además, el desarrollo de capacidades proporcionado por las ONG, los medios de comunicación

y otras partes implicadas ponen a su disposición herramientas y conocimientos con el fin de empoderar a las comunidades y ayudarlas a entender lo que significa y constituye el derecho a la alimentación. Aquellas autoridades estatales que se hayan capacitado, podrán mejorar la conciencia y la comprensión de la necesidad de proporcionar empoderamiento legal a las personas marginadas y pobres en este proceso. En las escuelas, resulta útil el uso de materiales educativos específicos combinado con programas de alimentación.

(2) **Información y evaluación.** Hace referencia a la identificación de titulares de derechos, que incluye a las personas que viven en situación de pobreza, los niños y niñas, las mujeres (especialmente las mujeres embarazadas), las personas ancianas, las minorías y las personas con discapacidad, entre otras. En relación con las mujeres y niños/as, debería prestarse especial atención a las prácticas culturales que les sitúan en posición inferior (comer los últimos, las sobras, o no comer).

(3) **Acceso a la justicia.** El acceso a los mecanismos para reclamar los derechos humanos combinado con mecanismos de control es crucial tanto a nivel nacional como internacional. La aplicación práctica del Derecho a una Alimentación Adecuada se enmarcará en una legislación específica dedicada a este objetivo que contemple también las Directrices Voluntarias. De hecho, la elaboración de modelos o marcos legales globales de acuerdo con las Directrices Voluntarias constituye una prioridad para determinar los niveles de responsabilidad derivados de este derecho, según lo expresa la Observación General de la ONU nº 12.

(4) **Acción eficaz: estrategia y coordinación.** Acciones globales tales como una estrategia de alimentación nacional, así como la definición y selección de cotas de referencia y mecanismos para garantizar la rendición de cuentas, constituyen el marco legal básico de una estrategia para que el derecho a la alimentación sea obligatorio. Pero lograr la seguridad alimentaria va más allá: hace referencia también al crecimiento económico, a la eliminación de desigualdades, a la educación, a los desastres naturales, a la producción agrícola y su distribución, a la pobreza extrema y a la falta de una buena gobernanza, entre otros factores. Por este motivo, la coordinación entre las autoridades estatales y la sociedad civil, incluido el sector privado, en combinación con el acceso a los mercados, la rehabilitación de la agricultura (oportunidades fuera del sector agrícola, incluidas las oportunidades de empleo) y la buena gobernanza son elementos básicos de una estrategia global y efectiva.

(5) **Impacto duradero:** la aplicación de un **control basado en derechos** es un factor determinante en todas las políticas relacionadas con el cumplimiento del derecho a la alimentación a nivel nacional. La capacidad institucional, los presupuestos y los indicadores basados en los derechos humanos son cruciales, así como los indicadores desarrollados por la OACDH en colaboración con otros agentes y Agencias de las Naciones Unidas, además de la lista de chequeo para la evaluación del derecho a la alimentación recientemente desarrollada por la FAO.³⁶

33. Adoptada por la 127ª sesión del Consejo de la FAO en noviembre de 2004.

34. Las diecinueve directrices tratan acerca de las siguientes áreas temáticas y políticas: (1) Democracia, buena gestión pública, derechos humanos y el estado de derecho; (2) Políticas de desarrollo económico; (3) Estrategias; (4) Sistemas de mercado; (5) Instituciones; (6) Partes interesadas; (7) Marco jurídico; (8) Acceso a los recursos y bienes; (8a) Mercado laboral; (8b) Tierra; (8c) Agua; (8d) Recursos genéticos para la alimentación y la agricultura; (8e) Sostenibilidad; (8f) Servicios; (9) Inocuidad de los alimentos y protección del consumidor; (10) Nutrición; (11) Educación y sensibilización; (12) Recursos financieros nacionales; (13) Apoyo a grupos vulnerables; (14) Redes de seguridad; (15) Ayuda alimentaria internacional; (16) Catástrofes naturales y provocadas por el hombre; (17) Vigilancia, indicadores y puntos de referencia; (18) Instituciones nacionales de derechos humanos; y (19) Dimensión internacional.

35. Véase por ejemplo la publicación que proporciona orientaciones para los pueblos indígenas en: www.fao.org/righttofood/publi09/rtf_guidelines.pdf.

36. Véase por ejemplo: <http://www.fao.org/docrep/011/i0349e/i0349e00.htm>; <http://www.fao.org/docrep/011/i0351e/i0351e00.htm>; http://www.fao.org/righttofood/publi08/assessment_guide.pdf

24] Las ONG se encuentran en buena posición para controlar la implementación del derecho a la alimentación a nivel local. Han proporcionado su propia metodología para evaluar el impacto de la implementación del derecho a la alimentación, como en los casos de la India y Brasil.

25] El control de presupuestos por parte de las ONG ha sido de especial importancia en relación con este derecho. En la India, por ejemplo, los mecanismos presupuestarios han sido implementados siguiendo las órdenes del Tribunal Supremo. Dentro del marco de la campaña del Derecho a la Alimentación, los Comisionados involucraron a las ONG en los procesos de planificación presupuestaria para volver a calcular las asignaciones financieras e incluir dotaciones adicionales para el caso de bebés menores de seis meses. Algunas de estas medidas incluyen: impulsar el avance de la legislación sobre la eliminación de la difusión de sustitutos de la leche materna, promocionar programas de lactancia materna e implementar instalaciones para mujeres, especialmente en zonas rurales, entre otras.

26] En Brasil, las ONG han jugado un papel crucial asesorando al Consejo Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional (CONSEA) de Brasil en la identificación de áreas de prioridad política. El CONSEA empezó haciendo una lista de programas cuya actividad estaba relacionada con la seguridad alimentaria, como por ejemplo, las Transferencias de Efectivo del programa Bolsa de Familia, dedicado a las familias pobres; después de la identificación de prioridades, se estableció la correspondiente asignación presupuestaria.³⁷

6. CÓMO DESARROLLAR MARCOS LEGISLATIVOS QUE RECONOZCAN E IMPLEMENTEN EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN COMO DERECHO JUSTICIABLE

27] Las estrategias nacionales para implementar el derecho a la alimentación son necesarias para incrementar la conciencia pública y combatir el hambre y la inanición a nivel local. Por lo tanto, es indispensable tener una ley marco. Por este motivo, se han llevado a cabo diferentes iniciativas de cara a la creación de una ley marco que mejore la defensa en justicia y avance en el derecho a la seguridad alimentaria.

37. Véase el capítulo 1 y el resumen del programa Bolsa Familia. Se asignó la cantidad de 16.300 millones de dólares estadounidenses para atender las siguientes diecisiete prioridades: (1) Adquisición y almacenaje de alimentos; (2) Acceso a la alimentación; (3) Intervenciones estructurales (empleo, producción a pequeña escala en comunidades pobres, pequeñas empresas); (4) pequeños agricultores; (5) Alimentación escolar; (6) Promoción, seguimiento y asistencia sanitaria para una alimentación saludable; (7) Biodiversidad y poblaciones tradicionales; (8) Recogida y procesamiento de residuos reciclables en zonas rurales y urbanas; (9) Gestión de políticas públicas (actividades de control, movilización y educación); (10) Recursos hídricos e infraestructuras para la seguridad alimentaria; (11) Pesca y acuicultura; (12) Reforma, créditos y conservación del sector agrario; (13) Seguridad alimentaria y nutricional de las poblaciones afrobrasileñas; (14) Seguridad alimentaria y nutricional de las poblaciones indígenas; (15) Agua potable y saneamiento; (16) Transferencias de ingresos; y (17) Seguridad alimentaria y nutricional en regiones semiáridas.

Ejemplos de leyes nacionales sobre el derecho a la alimentación

Indonesia desarrolló la Ley de Alimentación n° 7 de 1996 con el apoyo del Servicio para el Derecho al Desarrollo de la FAO. Contiene catorce capítulos e incluye disposiciones relativas a la calidad de la alimentación y la nutrición, la producción de alimentos y su procesado, las responsabilidades institucionales y la participación de la comunidad.

En Latinoamérica, **Guatemala** fue el primer país que creó una ley nacional sobre el derecho a la alimentación. El borrador de esta ley, titulada "Ley del Sistema Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional (SINASAN)", fue elaborado en 2005 por las autoridades nacionales, representantes de las ONG y representantes de Organizaciones Internacionales conjuntamente. En su Artículo 5, la ley crea un Consejo Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional (CONASAN), a cargo de analizar y hacer recomendaciones para implementar políticas y estrategias relacionadas con la seguridad alimentaria. Mozambique está dispuesto a presentar un proyecto de ley relacionado con la alimentación en 2010.

En **Brasil**, la Ley Federal n° 11346 del 15 de septiembre de 2006, creó el Sistema Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional y el Consejo Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional (CONSEA), que controla la política brasileña de seguridad alimentaria y nutricional y que está compuesto por treinta y seis representantes de la sociedad civil junto con los representantes de los ministros del Estado.

En **Quebec**, la Ley de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social de 2002 incluía una mención a la ayuda a personas que viven en pobreza para que tengan un acceso digno "a un suministro de alimentos que sea suficiente y nutritivo a un coste razonable, así como a información fiable que les permita hacer elecciones inteligentes en su dieta."¹ Esta estrategia nacional busca reducir progresivamente la pobreza en Quebec, con el objetivo de tener el menor número de personas viviendo en la pobreza de las naciones industrializadas para 2013.

Hay otra serie de iniciativas desarrollando marcos legales para el derecho a la alimentación, entre las que se cuenta el **Programa Regional de Seguridad Alimentaria y Nutricional para Centroamérica (PRESANCA)** – una iniciativa apoyada por la Unión Europea que busca reforzar las capacidades para conseguir la seguridad alimentaria.

1. Véase la Ley de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social, Artículo 9, relativo al Refuerzo de la red de seguridad social y económica, 2002, c. 61, s. 9.

28] Antes de diseñar una ley marco, es necesario identificar los grupos vulnerables y el área de la inseguridad alimentaria y analizar posteriormente el contexto y las razones de dicha inseguridad alimentaria, con el fin de comprender la estructura organizativa existente y su capacidad para coordinar una futura política de seguridad alimentaria en el contexto económico del país. Esta evaluación es crucial para decidir si se rediseña el marco legal de seguridad alimentaria existente o si se crea uno totalmente nuevo. Una vez que se ha llevado a cabo esta evaluación, el diseño de un marco legal holístico debería incluir los siguientes elementos:³⁸

38. Véase en particular: http://www.fao.org/righttofood/publi09/1_toolbox_guia_para_legislar_es.pdf, pág. 59 y 60.

- Centrarse en los grupos vulnerables
- Respetar e incorporar las obligaciones internacionales de derechos humano relacionadas con el derecho a la alimentación
- Crear una Estrategia Nacional o un Plan de Acción para la seguridad alimentaria
- Incorporar mecanismos de control para la realización progresiva del derecho
- Fortalecer la cooperación institucional y la participación, e
- Incluir mecanismos de recurso.

7. ESTRATEGIAS DE DEFENSA EN JUSTICIA

29]

- Desarrollar la protección judicial de todos los componentes del derecho a una alimentación adecuada
- Integrar la defensa en justicia en las estrategias del derecho a una alimentación adecuada e incluir la participación de todos los agentes involucrados en su adju-

cación, reglamentación y control. La complejidad de la amplia variedad de agentes y actividades vinculadas al derecho a una alimentación adecuada debería verse como una oportunidad para avanzar en su defensa en justicia.

- Aumentar la sensibilidad ante situaciones reales relacionadas con el cumplimiento del derecho a una alimentación adecuada a pequeña y gran escala
- Apoyar a la judicatura para impulsar la implantación del derecho a la alimentación a pesar de su falta de reconocimiento como derecho independiente en los marcos legales nacionales.
- Potenciar la participación de la sociedad civil en el control del derecho a una alimentación adecuada.

EJERCICIOS

- 1) ¿Cuál es la diferencia entre el derecho fundamental a no padecer hambre y el derecho a una alimentación adecuada?
- 2) ¿Cómo pueden beneficiar las ganancias económicas globales del comercio a aquellas personas que tienen más probabilidad de padecer inseguridad alimentaria?
- 3) Por favor, indique una lista de las leyes y estrategias relacionadas con el reconocimiento y la implementación del derecho a la alimentación y la seguridad alimentaria a nivel nacional. Analice sus lagunas y obstáculos. Presente posibles soluciones.

El derecho a una vivienda apropiada

– 65 –

1. Definición del derecho a una vivienda apropiada

– 66 –

2. Mejoras Nacionales en la definición del derecho a una vivienda apropiada

– 67 –

3. Obligaciones básicas mínimas relacionadas con el derecho a una vivienda apropiada

– 68 –

4. Obligaciones de los Estados relacionadas con el derecho a la vivienda

a. Obligación de respetar

b. Obligación de proteger

c. Obligación de cumplir

– 70 –

5. Desalojos forzados

– 74 –

6. Deberes de protección igualitaria y no discriminación

– 75 –

7. El papel de las ONG en el avance del derecho a la vivienda

EL DERECHO A UNA VIVIENDA APROPIADA



© UNESCO/Roger Dominique

El derecho a una vivienda apropiada no queda satisfecho únicamente con proporcionar un refugio y una garantía de tenencia, sino que va más allá. Implica la necesidad de satisfacer aquellas demandas psicológicas y sociales que permiten a cada individuo ser parte de un espacio en el que puede disfrutar de privacidad y al mismo tiempo ser capaz de construir una familia y una vida comunitaria. No obstante, la migración, los conflictos y el desplazamiento suelen tener como resultado una violación generalizada del derecho a una vivienda apropiada. Crean una situación en la que asentamientos informales como los barrios de chabolas y los guetos, se convierten en la residencia permanente de ocupantes ilegales. Por lo tanto, las personas sin techo son objeto de una amplia vulnerabilidad y exclusión. El presente capítulo busca analizar los elementos básicos del derecho a una vivienda apropiada. Presta especial atención a las personas más vulnerables y marginadas de la sociedad, así como a la necesidad de incorporar el género a las cuestiones de la vivienda. Este capítulo vincula el derecho a una vivienda apropiada al derecho al agua potable y el saneamiento, así como al derecho a la educación. Proporciona directrices específicas para su promoción y defensa en justicia.

1. DEFINITION

1] El derecho a una vivienda apropiada tiene una base conceptual sólida aportada por marcos legales nacionales e internacionales. La **Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)** define notablemente el derecho a la vivienda como parte del derecho a un nivel de vida adecuado y en relación con otros derechos como el derecho a la alimentación, al vestido, a la asistencia médica y a los servicios sociales necesarios.¹ Los tratados de la ONU han desarrollado esta definición y han incluido disposiciones especiales relativas al derecho a la vivienda y la prohibición de toda forma de discriminación, así como disposiciones específicas relativas a las minorías raciales y étnicas, las personas refugiadas, la infancia, las mujeres, las personas migrantes y trabajadoras, con discapacidad e indígenas, entre otras.²

2] Además, encontramos una definición amplia del derecho a una vivienda apropiada en las disposiciones adicionales de la Estrategia Mundial de Vivienda adoptada por la Asamblea General en 2000,³ en las que se declara que una vivienda apropiada también incluye una privacidad, espacio, seguridad, iluminación y ventilación, estructura básica y ubicación adecuadas a un “coste razonable”. Los **Principios de Higiene de la Vivienda de la OMS** y el Programa Habitat de la ONU a través de su *Campaña Mundial sobre Seguridad de la Tenencia* han aportado más claridad. Además, ONG como el Centro por el Derecho a la Vivienda y contra los Desalojos (COHRE), la Unión Internacional de Inquilinos (IUT), el Movimiento de los Pueblos para la Educación en Derechos Humanos (PDHRE), Amnistía Internacional y el Centro para la Igualdad de Derechos de Alojamiento (CERA), entre otras, han desarrollado materiales importantes relacionados con este derecho.⁴

3] En el Artículo 11.1 del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) encontramos la disposición más exhaustiva sobre el derecho a una vivienda apropiada, que determina que: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas*

1. El Artículo 25.1 de la DUDH declara que: “Toda 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 alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”

2. Entre dichos tratados de la ONU podemos encontrar: el Artículo 21 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), el Artículo 5(e)(iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965), el Artículo 14.2(h) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), los Artículos 16.1 y 27.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), el Artículo 43.1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990), los Artículos 2, 5.3, 9.1(a), 19(a), 22.1, 28.1 y 28.2(d) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2008), los Artículos 10, 21.1, 23, 26, 27, 28 y 32 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), el Artículo 5(b) del Convenio 161 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Servicios de Salud en el Trabajo (1985), los artículos 2 y 5.2 del Convenio 117 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a las Normas y Objetivos Básicos de la Política Social (1962), el Artículo 88.1 del Convenio 110 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a las Condiciones de Empleo de los Trabajadores de las Plantaciones (1958) y la Recomendación 115 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la Vivienda de los Trabajadores (1961), entre otros.

3. La Resolución A/RES/43/181, de 20 de diciembre de 1988 determina en su Artículo 2 que el objetivo principal de esta estrategia era: “proporcionar a todos una vivienda adecuada para el año 2000, que la atención se debe centrar principalmente, por lo tanto, en el mejoramiento de la situación de los desfavorecidos y los pobres, y que los siguientes objetivos y principios fundamentales deben formar la base de la Estrategia”.

4. Véase por ejemplo: *Litigating Economic, Social and Cultural Rights: achievements, Challenges and strategies, Featuring 21 case studies*, COHRE, Ginebra, Suiza, 2003; *Litigating Economic, Social and cultural rights: legal practitioners Dossier*, COHRE, Ginebra, Suiza, diciembre de 2006.

apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”

4] El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) ha proporcionado aclaraciones y más ampliaciones en su **Observación General (OG) n° 4** y, especialmente, desarrollos relacionados con los desalojos forzados en la **OG n° 7**. Según el CESCR, el derecho a la vivienda se debe interpretar a la luz de las condiciones actuales, lo que significa que debería interpretarse en un sentido amplio y que va más allá de tener un techo sobre la cabeza. Antes bien, constituye el derecho de vivir con seguridad, paz y dignidad⁵ y es aplicable a todo el mundo.⁶ Por tanto, la definición del CESCR destaca dos elementos particulares: el derecho a la vivienda no puede ser objeto de forma alguna de discriminación y está íntimamente vinculado a la dignidad humana.

5] El derecho a una vivienda apropiada subraya el elemento alegado de “**idoneidad**”; esto significa que no es suficiente implementar el derecho a la vivienda si no incluye un refugio apropiado, unos servicios adecuados y todos los factores y condiciones relacionadas que permitan respetar la dignidad humana. La idoneidad es reveladora, y por eso mismo se mide en factores económicos, sociales, culturales y ambientales. Sin embargo, el Comité ha propuesto una serie de elementos que constituyen los elementos básicos de la idoneidad: la garantía legal de tenencia, la disponibilidad de los servicios, el material y las infraestructuras, la asequibilidad, la habitabilidad, una ubicación adecuada y la idoneidad cultural. Estos elementos se explicarán en detalle en la sección siguiente.

6] En consecuencia, no se puede contemplar la vivienda adecuada como algo aislado. Está íntimamente vinculado a los derechos civiles y políticos, así como a los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la libertad de opinión y expresión, el derecho a la asociación, el derecho a participar en la vida cultural, el derecho a participar en los procesos públicos de toma de decisiones e incluso el derecho a la salud. Por ello, los **Principios de Higiene de la Vivienda de la OMS** han subrayado la estrecha conexión que existe entre la salud y la vivienda, llamando la atención sobre el hecho de que una vivienda apropiada también es una vivienda saludable. En este sentido, la vivienda incluye la protección contra las enfermedades transmisibles por los suministros de agua y saneamiento, la reducción del estrés psicológico y social, que incluye la seguridad individual y familiar, la privacidad, el acceso al confort, el esparcimiento e instalaciones contra el ruido. Así pues, el derecho a una vivienda apropiada incorpora dimensiones individuales, familiares y sociales.

7] El derecho a una vivienda apropiada tiene que desarrollarse **progresivamente**. Esto no implica que un conjunto de personas tengan una casa; antes bien, está relacionado con el desarrollo progresivo de los mínimos básicos del derecho a la vivienda y da pasos hacia la mejora de los niveles de

idoneidad. En este sentido, la Agenda Habitat⁷ ha determinado en su Artículo 39 que la progresividad significa mejorar las viviendas y los vecindarios, así como mejorar las condiciones de vida y de trabajo sobre una base equitativa y sostenible, de manera que todos y todas tengan acceso a un refugio adecuado que sea salubre, seguro, accesible y asequible. Esto también comprende los servicios, instalaciones y comodidades básicos, que nadie sea objeto de discriminación en materia de vivienda y seguridad jurídica de la tenencia. Sin embargo, algunas obligaciones de los Estados relacionadas con el derecho a la vivienda son de efecto inmediato, como la obligación de respetar y de proteger el derecho en general y la obligación de respetar, proteger y cumplir el derecho sin discriminación (véase la sección 4 a continuación).

2. MEJORAS NACIONALES EN LA DEFINICIÓN DEL DERECHO A UNA VIVIENDA APROPIADA

8] Los desarrollos nacionales sobre la idoneidad han definido los elementos que requiere avanzar para que se realice el derecho. En el caso **Grootboom**, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica propuso que, para que una persona tenga acceso a una vivienda adecuada, se tienen que cumplir todas las condiciones siguientes: debe existir terreno, servicios y una vivienda.⁸ También ha subrayado que debería garantizarse el acceso a la vivienda a todas las personas, especialmente a aquellas que son pobres y especialmente vulnerables y a aquellas que precisan de una atención especial.⁹ No obstante, no proporciona especificaciones relacionadas con la calidad de la idoneidad.

9] Por lo tanto, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica ha subrayado tres elementos clave relacionados con el derecho a la vivienda, que consisten en: la obligación de “tomar medidas legislativas y de otro tipo que sean razonables” (lo que implica programas coherentes y globales – y también políticas equilibradas y flexibles que proporcionen soluciones efectivas para la carencia de hogar), “la consecución de la realización progresiva del derecho” y ambas “en la medida de los recursos disponibles”. El Tribunal de Sudáfrica también ha vinculado el derecho a la tierra al derecho a una vivienda adecuada, declarando en el caso de la **Municipalidad de Puerto Elizabeth v. Varios Ocupantes**¹⁰ que “cuanto más sólido es el derecho a la tierra, mayores son las posibilidades de tener un hogar seguro”.

10] En la India, el concepto de idoneidad también está vinculado con el concepto de una “residencia razonable”, e in-

5. Observación General n° 4, párr. 7.

6. Observación General n° 4, párr. 6.

7. La Agenda Habitat deriva de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Habitat II), 3–14 de junio de 1996 (Doc. de la ONU A/Conf. 165/14, 14 de junio de 1996). El Artículo 3 de la Agenda Habitat declara que “el acceso a una vivienda segura y salubre y a los servicios básicos es indispensable para el bienestar físico, psicológico, social y económico del ser humano y debe ser parte fundamental de nuestras medidas urgentes en favor de los más de mil millones de personas que no viven en condiciones decentes.”

8. Véase el Gobierno de la República de Sudáfrica y Otros v. Grootboom y Otros 2000 (11) BCLR 1169. (TC), párr. 35 (caso *Grootboom*).

9. Véase *idem* párr. 36.

10. 2004, párr. 19.

cluye todos los medios para tener una existencia decente.¹¹ Además, la idoneidad del refugio también se ha definido en el caso *Shantistar Builders v. Narayan Khimalal Totame*¹² como el alojamiento adecuado que permite a una persona desarrollar los aspectos físicos, mentales, intelectuales y otros aspectos de su desarrollo. El Tribunal determinó claramente que:

No hay que olvidar la diferencia entre la necesidad de refugio de un animal y un ser humano. Para un animal consiste en la mera protección del cuerpo, para un ser humano ha de ser un alojamiento adecuado que le permita crecer en todos los aspectos – físico, mental e intelectual

11] En el caso *Chameli Singh v. el Estado de U.P.*, la Corte Suprema de la India declaró también que una vivienda apropiada debería desarrollar los aspectos espirituales del ser humano y proporcionó elementos para definir el derecho a refugio. El refugio comprende un espacio adecuado para vivir, una estructura segura y digna, un entorno limpio y digno, luz suficiente, aire y agua puros, electricidad, saneamiento y otros servicios cívicos tales como carreteras. Subrayó que esto no constituye únicamente el derecho a un techo, sino también una infraestructura que permite el desarrollo de la persona como ser cultural. Un año más tarde, la Corte fue más allá incluso al añadir el derecho a la residencia y al asentamiento como parte de la definición del derecho.¹³

12] El Tribunal Canadiense ha determinado en el caso de *La Corporación Municipal de Victoria v. Natalie Adams y Otros* que el derecho al refugio es un componente del derecho a la vida.

13] Para definir los elementos de la idoneidad, es necesario definir los elementos básicos propuestos por el CDESCR a fin de clarificar exactamente qué significa el “mínimo básico de una vivienda apropiada”.

3. OBLIGACIONES BÁSICAS MÍNIMAS RELACIONADAS CON EL DERECHO A UNA VIVIENDA APROPIADA

14] La definición del CDESCR de los elementos básicos del derecho a una vivienda apropiada ha permitido construir un baluarte contra su violación. De hecho, los elementos básicos, por ejemplo, la habitabilidad, han sido cruciales a la hora de analizar las políticas y planes relacionados con la vivienda en caso de desastres naturales o situaciones de desplazamiento interno. Los elementos siguientes también han sido cruciales para salvaguardar prestaciones para las personas vulnerables, creando una base para las iniciativas de género y la protección de las personas con discapacidad. Puesto que estos grupos de personas son los más excluidos y marginados, su situación pasa a ser aún más vulnerable durante las catástrofes.¹⁴

11. Véase también el caso *Chameli Singh v. el Estado de U.P.* (1996) 2 SCC 549, el caso *Nawab Khan (Corporación Municipal de Ahmedabad v. Nawab Khan Gulab Khan y Otros)* (1997) 11 SCC 121 entre otros.

12. (1990) 1 SCC 520.

13. *PC Gupta v. el Estado de Gujarat y Otros* (1994).

14. Para más información sobre los efectos de una vivienda apropiada para las mujeres, véase el informe *La Mujer y la Vivienda Adecuada*, Doc. de la ONU E/CN.4/2006/118, párr. 58–65, del Relator Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada, Miloon Kothari.

15] Así pues, una vivienda apropiada debería comprender los elementos básicos determinados en la **OG n° 4** del CDESCR, que se definen de la siguiente forma:

a. Garantía legal de tenencia: consiste en la protección y la seguridad legales contra desalojos forzados, ocupación por propietarios, acoso, etc. Tiene también otras características como el alojamiento en alquiler público o privado, las cooperativas de vivienda y los asentamientos informales.

b. Disponibilidad de servicios, material e infraestructura: Está relacionada con la salud, la seguridad el confort y la nutrición. La disponibilidad incluye el acceso al agua potable y el saneamiento, energía para cocinar, instalaciones de lavado, calefacción e iluminación, almacenamiento de alimentos, eliminación de residuos, drenaje y servicios de emergencia.

c. Asequibilidad de la vivienda: Está relacionada con unos precios de la vivienda proporcionales a los niveles de ingresos. El Comité ha invitado a los Estados a crear incentivos (por ejemplo, subvenciones) para garantizar la asequibilidad de la vivienda..

d. Habitabilidad: está relacionada con la capacidad estructural de la vivienda para garantizar la seguridad física de sus ocupantes y para proporcionarles protección frente al frío, el calor, la humedad, el viento, la lluvia, etc. El CDESCR también alienta a los Estados Miembros a aplicar los Principios de Higiene de la Vivienda redactados por la OMS, así como la Estrategia Mundial de la Vivienda (2000). En el *Caso Delfino*, el Tribunal Argentino¹⁵ analizó las condiciones de un hostel privado basándose en la habitabilidad y pidió a las autoridades locales que proporcionara un refugio apropiado a las familias sin techo.¹⁶

e. Accesibilidad: especialmente importante para los grupos desfavorecidos, como la infancia, y más concretamente las personas con discapacidad, seropositivas, mayores, con enfermedades mentales y víctimas de desastres naturales.¹⁷

f. Ubicación adecuada: tiene que ver con la disponibilidad de instalaciones relacionadas con el empleo, escuelas, servicios de atención sanitaria y centros de atención infantil. Esto incluye también evitar alojar a personas en áreas contaminadas.

g. Idoneidad cultural: tiene relación con el respeto a la expresión de la identidad cultural y el respeto a la diversidad cultural. El tipo de estructura y los materiales utilizados para la construcción deben permitir estos aspectos, independientemente del desarrollo económico del país.

16] En términos de servicios, materiales e infraestructura, el CDESCR sugiere que éstos incluyan el acceso a agua potable limpia, energía para cocinar, calefacción, iluminación, sanea-

15. *Jorge Alberto Delfino y Otros v. GCBA* (amparo), 6 de noviembre de 2004, Buenos Aires Tribunal Administrativo de Apelación, Cámara 1.

16. Véase también Víctor Pérez y otros c/GCBA. Cam CAyT Sala I. 25 de enero de 2001.

17. En el caso *Grootboom*, el Tribunal definió la accesibilidad como un conjunto de obstáculos legales, administrativos, operativos y financieros que deben examinarse y eliminarse allí donde sea posible. La accesibilidad implica a “sectores amplios de la sociedad”, (*Grootboom* párr. 45).

miento e instalaciones de lavado, instalaciones de almacenamiento de alimentos, drenaje del emplazamiento y servicios de emergencia.

17] Además de estos elementos, el anterior Relator Especial para una vivienda adecuada¹⁸ ha definido *nueve* elementos adicionales consistentes en: el acceso a la tierra, el agua y otros recursos naturales, la libertad respecto del desalojo, los daños y perjuicios y la destrucción, el acceso a la información, la participación, el reasentamiento, el resarcimiento, la indemnización, no devolución y el regreso, la intimidad de la vida privada y la seguridad, el acceso a remedios y recursos, la educación y la habilitación y la ausencia de violencia contra la mujer.

18] Además de estos elementos, el derecho a una vivienda apropiada comprende en la jurisprudencia nacional un elemento conocido como la “*escala de vivienda*”. Ésta consiste en una graduación continua de los alojamientos garantizados, que empieza con una vivienda de emergencia, que normalmente debería ser sólo para un breve periodo de tiempo, pasa por una vivienda municipal de transición y finaliza con una vivienda social o independiente. Tenemos algunos ejemplos importantes de este concepto a nivel nacional: en el caso de la *Municipalidad de Ciudad del Cabo v. Rudolph y Otros*, ciudadanos y ciudadanas de Valhalla Park estuvieron en la lista de espera de vivienda durante más de diez años sin que la municipalidad tomara una decisión efectiva; en este caso, la escala de vivienda fue un argumento importante en el análisis de la alegación de violación del derecho.

19] La resolución *T-025 de 2004* de la Corte Constitucional de Colombia proporciona otro caso ejemplar que abarcaba 108 expedientes de 1150 familias desplazadas que solicitaron de la Corte auxilio en sus necesidades de vivienda y de protección para su tierra. Las familias desplazadas argumentaban que sus hijos e hijas no tenían alimento, educación ni salud debido a su desplazamiento forzoso. La Corte Constitucional de Colombia juzgó que las políticas para personas desplazadas no habían dado resultado ni respuestas adecuadas a esta situación, lo que la Corte describió como un “estado de cosas inconstitucional”. Por lo tanto, la Corte decidió a favor de la parte recurrente. La escala de vivienda proporcionó una herramienta para medir la idoneidad de las respuestas dadas por el gobierno, y dio a la Corte la posibilidad de fijar un plazo de tiempo para implementar el Programa Plan de Acción para familias desplazadas.

4. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS RELACIONADAS CON EL DERECHO A LA VIVIENDA

20] Siguiendo la tipología tripartita de las obligaciones de los Estados que hemos indicado en el Capítulo 3, las obligaciones que se derivan del derecho a una vivienda adecuada pueden definirse de la siguiente manera: en relación con la obligación de **respetar**, los gobiernos no deberán interferir en el disfrute del derecho a una vivienda apropiada, antes

bien, deberán facilitarlo.¹⁹ (Por ejemplo, deberían abstenerse de realizar desalojos forzados.)

a. Obligación de respetar

21] La obligación de **respetar** requiere que los Estados no interfieran directa o indirectamente con el disfrute de los derechos económicos o sociales. Esta obligación es esencialmente negativa por naturaleza, en el sentido de que el Estado no ha de llevar a cabo ninguna acción que reduzca el disfrute de cualquier derecho económico o social dado, excepto por causas justificadas. Esta obligación de respetar es de efecto inmediato (por ejemplo, al ratificar el PIDESC) y no es objeto de realización progresiva.

22] En el caso del *SERAC y el CESR v. Nigeria*, el gobierno y sus agentes no garantizaron el respeto al derecho a la vivienda de las comunidades Ogoni cuando destruyeron las casas y los pueblos de los Ogoni empleando las fuerzas de seguridad. La Comisión Africana afirmó la existencia de violación del derecho a una vivienda adecuada y determinó que la obligación de respetar también consistía en el respeto al derecho a la vivienda de los titulares del derecho, que incluye el libre uso de los recursos para satisfacer sus necesidades.²⁰ Así, la obligación del Estado requiere de éste que se abstenga de llevar a cabo, apoyar o tolerar práctica, política o medida legal alguna que viole la integridad de individuo.²¹

23] En relación con la obligación de facilitar el disfrute del derecho, el TC Sudafricano consideró en los casos *Jaftha v. Shoeman y otros y Van Rooyen v. Stoltz y otros*²², que trataban de la existencia de un texto legislativo en Sudáfrica que incluía una disposición autorizando la venta sin supervisión judicial de la casa de una persona para cubrir una deuda, que constituían sendas violaciones de esta obligación de respetar. Encontramos más ejemplos de la obligación de respetar en el caso de la *Municipalidad de Despatch v. el Estado de Sunridge y la Development Corporation*,²³ en el que el Alto Tribunal de Sudáfrica anuló una sección de la Ley de Prevención de la Ocupación Ilegal.

24] La obligación de no perseguir a los y las ocupantes de tierras propiedad del Estado forma parte de la obligación de respetar. Como se afirmó en el caso argentino *Bermejo*,²⁴ a persecución criminal de personas sin techo con viviendas irregulares es una violación del derecho a la vivienda que incrementa los niveles de pobreza.²⁵ Finalmente, los Estados

19. Observación General n° 19, párr. 43.

20. Caso Ogoni, párr. 45.

21. Caso Ogoni, párr. 61.

22. *Jaftha v. Shoeman y otros y Van Rooyen v. Stoltz y Otros* (CCT74/03) [2004] ZACC 25; 2005 (2) SA 140 (TC); 2005 (1) BCLR 78 (TC) (8 de octubre de 2004).

23. 1997 4 SA 596 (SE).

24. Caso Bermejo, Tribunal Nacional en lo Penal n° 11 de Buenos Aires, 2004. Para más información sobre este caso, véase: UN-Habitat, *Forced eviction: towards solutions*, First report of the Advisory Group on forced Evictions to the Executive Director of UN-Habitat, 2005, pág. 58-65.

25. La situación opuesta se presenta en el caso de las Filipinas, *Simon vs. la Comisión de Derechos Humano 229 SCRA 117 1994*, en el que el Tribunal Supremo rechazó un recurso de amparo temporal ordenado por la Comisión de Derechos Humanos de Filipinas relativo a la demolición de tenderetes y chabolas. El Tribunal Supremo determinó que los derechos ESC no eran autoejecutables, no aceptó el análisis de validez de la demolición relacionado con la protección del derecho a la vivienda y rechazó el recurso de amparo.

18. E/CN.4/2006/118, párr. 11.

deberían abstenerse de desalojar a las personas sin techo incluso en caso de que estén viviendo en propiedades públicas o privadas. El desalojo es incompatible con los requisitos del Pacto y sólo es justificable en ciertas circunstancias excepcionales que se explicarán a continuación.

25. Como se indica en el caso *Pottinger v. Ciudad de Miami*,²⁶ en ocasiones existe un conflicto inevitable entre la necesidad de las personas sin techo de llevar a cabo en público actividades esenciales para la vida y la responsabilidad del gobierno de mantener los parques públicos y las calles ordenados y estéticamente agradables. No obstante, se frenó al gobierno de Kenia, ordenándosele no evacuar a las personas que vivían cerca de las vías del tren en los casos *Nideri y Otros v. la Kenya Railways Corporation* o *Kirwa y Otros v. la Kenya Railways Corporation*; o a quienes vivían en parques en el caso canadiense de la *Corporación Municipal de Victoria v. Natalie Adams y Otros*, o en Bangladesh, cualquier asentamiento informal en el caso de *ASK (Ain o Salish Kendra) v. el Gobierno de Bangladesh*,²⁷ o los barrios de chabolas.²⁸

UN-Habitat, junto con varias ONG como COHRE, la Unión Internacional de Inquilinos (IUT), el Movimiento de los Pueblos para la Educación en Derechos Humanos (PDHRE), Amnistía Internacional y CARE, entre otras, están verificando la implementación efectiva de las políticas de vivienda y están participando en la administración de fondos, con el fin de garantizar el cumplimiento de las decisiones. (Por ejemplo, sobre el control de las ONG del caso *Bermejo*, véase UN-Habitat, *Forced eviction: towards solutions*, el Primer Informe del Grupo Consultivo sobre Desalojos Forzados presentado ante el Director Ejecutivo de UN-Habitat en 2005; sobre la situación de los **barrios de chabolas**, véase el último informe de Amnistía Internacional sobre Nairobi, *La inseguridad y la indignidad: experiencias de las mujeres en los barrios pobres de Nairobi*, Kenya, 2010, un informe emitido dentro del marco de la campaña "Exige Dignidad").

b. Obligación de proteger

26] La obligación de **proteger** requiere que los Estados eviten la violación del disfrute de los derechos económicos y sociales por parte de terceros o agentes no estatales u otros Estados, incluidas organizaciones intergubernamentales como el Banco Mundial. Entre los terceros o agentes no estatales se cuentan particulares, grupos, propietarios, corporaciones, otros Estados u otras entidades así como aquellos agentes que actúen bajo su autoridad. Esta obligación incluye, *inter alia*, la adopción de las medidas legislativas, normativas y de otra índole que sean necesarias y efectivas, para impedir que dichos terceros y agentes no estatales interfieran o violen de otro modo los derechos económicos y

sociales; la investigación, persecución y rendición de cuentas de aquellas entidades que violaron los derechos económicos y sociales; y el resarcimiento de las víctimas de dichas violaciones. Esta obligación de respetar es de efecto inmediato (por ejemplo, al ratificar el PIDESC) y no es objeto de realización progresiva.

27] El caso *SERAC* anteriormente mencionado también proporciona un ejemplo de la necesidad de proteger el derecho a la vivienda de las injerencias de terceros – en este caso, una compañía petrolífera que provocó la contaminación del suelo, el agua y el aire, así como la destrucción de los hogares. La obligación de proteger también incluye la obligación de proporcionar un alojamiento alternativo a las personas sin techo en caso de desalojo forzoso.

28] Otras decisiones han actuado especialmente en protección de la mujer, aplicando una perspectiva de género a situaciones de conflicto y al impacto de la violencia sobre las mujeres desplazadas²⁹ o la infancia desplazada.³⁰

c. Obligación de cumplir

29] Bajo la obligación de **cumplir**, los Estados están obligados a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles para conseguir progresivamente el cumplimiento de los derechos contenidos en el PIDESC. Esta obligación puede dividirse en las obligaciones de facilitar, promover y proveer. La obligación de facilitar requiere que el Estado tome medidas positivas para atender a individuos y comunidades a fin de que disfruten del derecho en cuestión. La obligación de promover compromete al Estado a tomar medidas para garantizar que se realiza una educación adecuada en lo que respecta al derecho en cuestión. Los Estados también están obligados a hacer efectivo (proveer) el derecho en cuestión cuando, por motivos fuera de su control, los individuos o grupos son incapaces de ejercer dicho derecho por sí mismos utilizando los medios a su disposición.

30] La obligación de **cumplir** demanda que los gobiernos adopten medidas dirigidas a la realización plena del derecho, consistentes en planes y estrategias nacionales de vivienda, legislación, medidas compensatorias³¹ y "todas las medidas que sean necesarias"³² para aliviar la situación. Es importante destacar que los Estados deberían preparar e implementar consultas amplias e inclusivas con toda la sociedad civil, incluyendo y prestando especial atención a las personas sin techo y a todas aquellas afectadas, a fin de proporcionar una respuesta eficaz a las necesidades de vivienda.³³ Se requiere una amplia coordinación para garantizar soluciones holísticas.

31] Los planes y programas nacionales de vivienda están sujetos a la noción de realización progresiva del derecho;

26. 810 F. Sup. 1551 a 1554, S.D. Fla. 1992.

27. Tribunal Supremo de Bangladesh, 1999.

28. Véase el último informe de Amnistía Internacional, *La Mayoría Invisible: Dos Millones de Personas viven en Asentamientos Precarios en Nairobi*, 12 de junio de 2009, publicado en el marco de la campaña Exige Dignidad, disponible en: <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/KENIA%20LA%20MAYOR%C3%8DA%20INVISIBLE:%20DOS%20MILLONES%20DE%20PERSONAS%20VIVEN%20EN%20ASENTAMIENTOS%20PRECIARIOS%20EN%20NAIROBI?CMD=VEROBJ&MLKOB=27648432020>

29. Resolución T-721 de 2003 de la Corte Constitucional de Colombia.

30. Resolución T-215 de 2002 de la Corte Constitucional de Colombia.

31. Observación General n° 4, párr. 11.

32. Observación General n° 4, párr. 12.

33. Véase, por ejemplo, el Informe COHRE, *Listening to the poor: housing rights in Nairobi, Kenya*, 2005.

deberían implementarse correctamente y proporcionar una respuesta eficaz a la situación. Por este motivo, el Estado debería buscar proporcionar un refugio temporal cada vez que se produce un desastre natural o una situación grave.³⁴ Estas decisiones implican importantes costes presupuestarios y económicos. La disponibilidad de los recursos no puede ser excusa para no implementar un plan o un programa.³⁵

32] En el innovador caso *Grootboom*, el Tribunal aplicó el enfoque de lo razonable a los programas de vivienda: el Tribunal de Sudáfrica determinó que un programa relacionado con el derecho a la vivienda debería incluir disposiciones para las personas pobres, especialmente para aquellas que no tienen acceso a la tierra ni a un techo, personas que estén viviendo bajo condiciones intolerables de vida, y para aquellas que transitan por una crisis debido a desastres naturales como inundaciones e incendios, o porque sus hogares se encuentran bajo amenaza de demolición.³⁶

33] En ocasiones, los Estados están sujetos a obligaciones relacionadas con leyes que reducen la capacidad de las personas para beneficiarse de una vivienda adecuada. En Colombia, el *caso UPAC (Unidad de Poder Adquisitivo Constante)*³⁷ se caracterizó por las discusiones sobre el impacto de la implicación de un tribunal en el sistema financiero. Después de una recesión y de pobres políticas públicas, 800.000 deudores y deudores con préstamos hipotecarios sobre sus casas se encontraron con que no podían seguir abonando las cuotas y estaban a punto de perder sus hogares. El Tribunal Constitucional de Colombia (TC de Colombia) ordenó volver a calcular las hipotecas, sujetó la UPAC a la inflación y proporcionó auxilio a los deudores. Además, el TC de Colombia ordenó la creación de una ley para regular los sistemas financieros de vivienda durante los siete meses posteriores a la decisión. Esta resolución modificó todo el sistema colombiano de financiación de viviendas.

34] En el caso canadiense de la *Corporación Municipal de Victoria v. Natalie Adams y Otros*,³⁸ el Tribunal falló que el Municipio estaba violando el derecho a refugio, amparado por la Ordenanza Municipal de Regulación de Parques y la Ordenanza Municipal de Calles y Circulación. Llegó a la conclusión de que Victoria no tenía suficientes espacios de refugio para las personas sin techo y que, por lo tanto, muchas de ellas no tenían otra solución que buscar refugio en propiedades públicas. Subrayó la naturaleza delicada de la situación debido al predominio de la enfermedad. El Municipio había prohibido que se construyeran refugios temporales a modo de techos de protección, dejando así expuestas a las personas sin techo al riesgo de problemas graves de salud o incluso de muerte.³⁹ Por estas razones, el Tribunal determinó que la prohibición

de ocupar una residencia temporal contemplada en las Ordenanzas Municipales y en la política operativa constituía una interferencia con la vida, la libertad y la seguridad de estas personas sin techo.

35] En un caso reciente, *Budayeva y Otros v. Rusia*,⁴⁰ el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos estableció que importantes errores administrativos había impedido la implementación de políticas de planificación territorial y de ayuda de emergencia, lo que tuvo como resultado la muerte de la víctima demandante y lesiones a su mujer y miembros de su familia. El Tribunal concluyó que no había justificación para el error de las autoridades rusas en la implementación estas políticas en la peligrosa zona de Tyrnauz, y que habían incumplido por tanto su deber de establecer un marco legislativo y administrativo.

36] A raíz de la indemnización a un grupo de personas sin techo establecida en Guatemala en el caso *Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala s/Reparaciones*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha incorporado la implementación de un plan de vivienda de cinco años a las obligaciones que se derivan del deber de ofrecer reparaciones.⁴¹

5. DESALOJOS FORZADOS

37] La prohibición de efectuar desalojos forzados deriva del elemento concerniente a la garantía de tenencia, anteriormente mencionado. El Comité ha considerado 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”.⁴² El CESCR ha dedicado la O.G. n°7 a este asunto.

38] Para que un desalojo se justifique conforme al PIDESC, sólo podrá llevarse a cabo (1) en **circunstancias excepcionales**; (2) después de que se hayan estudiado **todas las alternativas posibles** al desahucio que pudieran aplicarse a la circunstancia excepcional en cuestión, y **consultando con la comunidad afectada**; y (3) después de que se haya protegido adecuadamente a los individuos, grupos o comunidades afectadas. Hay dos excepciones a esta regla general. En primer lugar, los desalojos nunca deberían llevarse a cabo de una manera discriminatoria. En segundo lugar, los desalojos nunca deberían dejar a persona alguna sin hogar ni expuesta a la violación de otros derechos humanos. A continuación se presentan algunos términos generales y específicos que sientan las bases de la prueba que se debería pasar para cumplir con el Pacto.

39] La Observación General n° 7 define el desalojo forzado como “el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente

34. Entre los casos en los que se ha dado a un gobierno la orden de proporcionar auxilio temporal se cuentan: *La Corporación Municipal de Victoria v. Natalie Adams y Otros*; *Olga Tellis y Otros v. la Corporación Municipal de Bombay*; *el Ministro de Obras Públicas y Otros v. la Asociación Ambiental Kyalami Ridge y Otro* 2001(3) SA 1151; 2001(7) BCLR 652 (TC) en párr. 102, resolución T-025-2004 de Colombia; *caso Grootboom*, párr. 52.

35. *Grootboom* párr. 40: El Tribunal determinó que “el gobierno nacional debe asegurar que las políticas, programas, leyes y estrategias sean suficientes para cumplir las obligaciones impuestas por el artículo 26”.

36. Véase el *caso Grootboom*, párr. 52.

37. Véanse, por ejemplo, las resoluciones C-383 de 1999 y C-700 de 1999.

38. 2008 BCSC 1363.

39. Véase también el caso canadiense *R. v. Morgentaler*, (1988] 1 S.C.R. 30.

40. 8 de marzo de 2009.

41. Sentencia del 19 de noviembre de 2004.

42. Observación General n° 4, párr. 18.

o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos.”

40] La Observación General n° 4 establece que “sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.”

41] La Observación General n° 4 declara que “las instancias de desahucios forzados son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto [Internacional en Derechos ESC] y sólo podrían justificarse en las *circunstancias más excepcionales* y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional.”

42] La Observación General n° 7 define que, para que un desalojo sea llevado a cabo conforme a la ley, “antes de que se lleve a cabo cualquier desalojo forzoso, en particular los que afectan a grandes grupos de personas, los *Estados Partes deberían velar por que se estudien en consulta con los interesados* todas las demás posibilidades que permitan evitar o, cuando menos, minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza.” Las alternativas al desalojo incluyen la mejora in situ de los asentamientos informales.

43] Incluso cuando se dan circunstancias excepcionales y no hay otras posibilidades que permitan evitar la necesidad de recurrir a la fuerza, la Observación General n° 7 exige que se proteja adecuadamente a los individuos. Esta protección a los individuos consiste en: (a) una oportunidad real de consultar a las personas afectadas; (b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; (c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; (d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; (e) la identificación correspondiente de todas las personas que lleven a cabo el desalojo; (f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; (g) ofrecer recursos jurídicos; y (h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales.

44] Finalmente, la Observación General n° 7 indica que, en cualquier caso, los desalojos forzados no deben llevarse a cabo de manera discriminatoria ni deberían dejar a las personas sin hogar o expuestas a la violación de otros derechos humanos y que “cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda.”

45] La ONU ha desarrollado una lista de principios y directrices que también describe las obligaciones de los Estados

relacionadas con los desalojo forzados y que determina lo que debería ser un desalojo forzado:⁴³

- (a) estar autorizado por la ley
- (b) llevarse a cabo de acuerdo con las leyes internacionales de derechos humanos
- (c) hacerse únicamente con el fin de promover el bienestar general
- (d) ser razonable y proporcional
- (e) estar reglamentado de tal forma que se garantice una indemnización y rehabilitación completas y justas y
- (f) realizarse de acuerdo con las presentes directrices.

46] Además, se requiere el desarrollo de medidas preventivas especialmente para los grupos desfavorecidos, tales como las personas mayores, los niños y niñas, las mujeres y las personas con discapacidad.

47] En este contexto, hay tres tipos de obligaciones concernientes a los desalojos forzados que tienen que ver con el momento en el que se anuncia o se lleva a cabo el desalojo forzado:

i. Antes de un desalojo forzado, los Estados deberían:

- (a) dar un aviso apropiado a todas las personas que podrían verse afectadas de que se está considerando el desalojo y que habrá audiencias públicas sobre los planes y las alternativas propuestos
- (b) garantizar una difusión eficaz de la información correspondiente por adelantado, con medidas dirigidas especialmente a proteger a los grupos vulnerables
- (c) permitir un plazo razonable para el examen público
- (d) facilitar la prestación de asesoramiento jurídico, técnico y de otro tipo a las personas afectadas sobre sus derechos y opciones
- (e) celebrar una audiencia pública.

ii. Durante un desalojo forzado, las autoridades deberían:

- (a) respetar la dignidad y la seguridad de las víctimas
- (b) garantizar los principios de proporcionalidad, oportunidad (no durante fiestas religiosas, por la noche o antes de las elecciones) y la necesidad de las medidas
- (c) garantizar que el proceso no es discriminatorio.

iii. Después de un desalojo forzado, las autoridades deberían:

- (a) proporcionar una indemnización o restitución inmediata (que incluya un alojamiento alternativo con acceso a servicios médicos esenciales, agua potable, etc.)
- (b) garantizar la participación de las mujeres, especialmente en los procesos posteriores al desalojo
- (c) proporcionar una reparación eficaz, consistente en una indemnización o un subsidio.

43. Véanse los Principios Básicos y Directrices de la ONU sobre los Desalojos y el Desplazamiento, documento A/HRC/4/18, del 5 de febrero de 2007, Anexo 1, disponible en: http://www2.ohchr.org/english/issues/housing/docs/guidelines_sp.pdf, especialmente el párr. 21.

48] Las obligaciones inmediatas relacionadas con los desalojos forzados garantizarán a los grupos marginados y vulnerables el disfrute del derecho, así como la abstención de ciertas prácticas que pudieran afectar a la realización del mismo. Se deberá llevar a cabo un control efectivo e inmediato de la situación, especialmente de la de las personas sin hogar y la de aquellas sujetas a un desalojo forzado.

49] Algunos organismos regionales de derechos humanos han arbitrado en desalojos forzados. Por ejemplo, la Comisión Africana ha procedido en situaciones fácticas que incluían desalojos forzados y la destrucción de viviendas en el caso del *Centro de Acción para los Derechos Económicos y Sociales y el Centro de Derechos Económicos y Sociales – Nigeria (SERAC y CDES)*.⁴⁴ Los Centros SERAC y CDES se ocuparon, *inter alia*, de los desalojos forzados y la destrucción de viviendas realizadas tanto por las tropas militares del Gobierno de Nigeria como por las fuerzas de seguridad privada pertenecientes a la empresa Shell Petroleum Development Corporation. La Comisión Africana sostuvo que estos actos violaban el artículo 14 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, así como el derecho a una vivienda apropiada que, aunque no está explícitamente detallado en la Carta Africana, está implícitamente garantizado en los Artículos 14, 16 (protección del mejor estado físico y mental posible) y 18 (1) (protección de la familia). De manera similar, en el caso del *Centro para el Desarrollo de los Derechos de las Minorías (Kenya) y el Grupo Internacional Pro Derechos de las Minorías en representación del Consejo para el Bienestar Endorois v. Kenia*, la Comisión Africana subrayó que las instancias de desalojo forzado eran incompatibles *prima facie* con la protección de los derechos humanos establecidos en la Carta Africana y otros instrumentos, y que sólo podían justificarse en las circunstancias más excepcionales y después de que se hubiesen explorado todas las alternativas factibles en consulta con la comunidad afectada.⁴⁵

50] El Comité Europeo de Derechos Sociales se ha ocupado de los desalojos forzados tanto en la Carta Social Europea original como en la Revisada. Con respecto a la primera, de 2004, el Comité Europeo de Derechos Sociales estudió una demanda colectiva relacionada con la discriminación contra las personas romaníes en Grecia. En su fallo, el Comité sostuvo que el desalojo sistemático de personas romaníes de espacios o alojamientos que se consideraba habían sido ilegalmente ocupados, era una violación del Artículo 16 de la Carta Social Europea original (derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica).⁴⁶ A la luz de la Carta Social Europea Revisada, el Comité consideró que desalojar forzada y sistemáticamente a las personas romaníes de Italia de espacios o alojamientos ostensiblemente ocupados de forma ilegal constituía una violación del Artículo 31(2) (deber de los Estados Partes de prevenir y paliar la situación de carencia de

hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación) y del Artículo E (No discriminación).⁴⁷

51] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que los desalojos forzados violan el Artículo 8 (respeto de la vida privada y familiar) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, así como el Artículo 1 del Protocolo 1 (protección de la propiedad) del Convenio Europeo. En el caso de *Selçuk y Asker v. Turquía*,⁴⁸ por ejemplo, el Tribunal Europeo consideró que la destrucción de los hogares de la parte demanda por las fuerzas militares turcas era, *inter alia*, una violación de su derecho a que se respetaran sus hogares, así como una violación de la garantía del disfrute pacífico de sus bienes.

52] En 2006, la Corte Interamericana trató el tema de los desalojos forzados en Colombia y se basó en derechos similares a los que protege el sistema europeo. En el caso de las *Masacres de Ituango v. Colombia*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió en cuanto al fondo el 1 de julio de 2006, ocupándose del desalojo forzado, desplazamiento y destrucción de viviendas de los pueblos de Ituango, La Granja y El Aro en Colombia, llevado a cabo por fuerzas paramilitares aliadas con el Gobierno de Colombia. La Corte Interamericana encontró que los desalojos forzados y la destrucción de viviendas violaba el Artículo 11(2) (derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en el domicilio) y el Artículo 21 (derecho a la propiedad privada). En su análisis del Artículo 11(2), la Corte se basó en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ya había mantenido previamente que ese tipo de actos quedaban prohibidos por violar derechos similares contemplados en el Artículo 8 de la Convención Europea. En consecuencia, la Corte sostuvo que los desalojos forzados y la destrucción de viviendas violaban el Artículo 11(2) interpretado conjuntamente con el Artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁴⁹

53] Algunas decisiones nacionales también han proporcionado un marco para los desalojos forzados, aunque siguen siendo algo excepcional. Esta práctica ha afectado especialmente a las personas pobres, como en los casos *Jaftha v. Schoeman*⁵⁰ y *Van Rooyen v. Stoltz y Otro*,⁵¹ así como a las personas desplazadas, migrantes y refugiadas.

54] En Sudáfrica, el Caso de la *Municipalidad de Puerto Elizabeth v. Varios ocupantes* trataba de los desalojos forzosos efectuados sin una orden. El caso implicaba una solicitud de desalojo de la Municipalidad de Puerto Elizabeth contra sesenta y ocho personas (“ocupantes”), que habían ocupado terrenos privados dentro del área metropolitana (que en su mayoría habían sido desalojadas previamente de otras tierras). Habían es-

44. Decisión 155/96 de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights – Nigeria* (27 May 2002). Decimoquinto Informe Anual de la Actividad de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 2001-2002, elaborado en la 31ª Sesión Ordinaria de la Comisión Africana celebrada del 2 al 16 de mayo de 2002 en Pretoria, Sudáfrica.

45. Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Decisión 276/2003, Vigésimo séptimo Informe Anual de la Actividad de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (2009).

46. Comité Europeo de Derechos Sociales, *ERRC v. Grecia, Demanda Colectiva n°15/2003*.

47. Comité Europeo de Derechos Sociales, *ERRC v. Italia, Demanda Colectiva n° 27/2004*.

48. *Selçuk y Asker v. Turquía*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (1998) 26 EHRH 477.

49. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Las Masacres de Ituango v. Colombia* (1 de julio de 2006).

50. Estos casos son especialmente pertinentes para la protección de las personas pobres. En el caso *Jaftha*, la señora Jaftha era una mujer desempleada, con problemas de salud (problemas cardíacos y de presión sanguínea), pobre y con un nivel educativo bajo. Tenía dos hijos. Había solicitado un subsidio estatal para vivienda, que le fue concedido y con el que compró una casa. Después de varios pagos, dejó de abonar la deuda, y tras una hospitalización, descubrió que su casa iba a ser vendida en ejecución de sentencia para cubrir la deuda pendiente. En el caso *Van Rooyen*, la señora Van Rooyen también era una mujer pobre, sin educación, sin empleo y con tres niños. No podía pagar su deuda.

51. 2005 (1) BCLR 78 (TC).

tado viviendo en ese terreno entre dos y ocho años. El Tribunal insistió en la importancia de tener en cuenta la situación de las personas vulnerables objeto de desalojo. Después de tener en cuenta también los debates y la mediación, así como la buena disposición de las víctimas a aceptar una solución alternativa y el carácter razonable de un alojamiento alternativo, el Tribunal no confirmó el desalojo, sino que propuso una compensación concreta en su lugar, citando la obligación de proporcionar un alojamiento alternativo a las personas pobres afectadas.

55] En el caso *Grootboom*, el desalojo se ejecutó con una orden y, tras deliberar, el tribunal concluyó que había fallado el programa de vivienda en curso a la hora de proporcionar ayuda a las personas necesitadas y que una parte razonable del presupuesto nacional de vivienda debería dedicarse a tal ayuda. Si no se hacía, el programa de vivienda estatal no podía considerarse razonable conforme a lo establecido en la Sección 26(2) de la Constitución Sudafricana.⁵² En el caso *Grootboom*, las víctimas incluían menores y, consecuentemente, el tribunal determinó que la obligación directa debía aplicarse primeramente en los casos en que menores hubieran sido apartados de sus familias, quedado huérfanos o en situación de abandono.

56] Posteriormente, en 2004, en el caso de *la Municipalidad de Ciudad del Cabo v. Rudolph y Otros*,⁵³ el Alto Tribunal de Ciudad del Cabo enumeró las siguientes circunstancias relevantes adicionales que debían tenerse en cuenta en una situación de desalojo en caso de ocupantes ilegales: la posibilidad de ofrecer una tierra disponible a las personas ocupantes, la reubicación dichas personas ocupantes y los derechos de los y las menores, las personas mayores, personas con discapacidad y familias encabezadas por mujeres.

57] En 2005, en el caso del *Presidente de la República de Sudáfrica y Otro v. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd y Otros*, conocido como el caso *Modderklip*, 40.000 personas se mudaron a un terreno privado propiedad de la *Modderklip Boerdery (Pty) Ltd*. El propietario del terreno no acudió a ninguno de los diferentes organismos del Estado para que le ayudaran a hacer cumplir la orden de desalojo concedida por el Alto Tribunal de Pretoria. El Tribunal Constitucional decidió que, puesto que las familias ocupantes no tenían acceso a una tierra alternativa, podían ocupar la propiedad legítimamente hasta que se dispusiera de un alojamiento alternativo.

58] El alojamiento alternativo también es justiciable en la legislación escocesa. La Ley (Escocesa) de Vivienda de 1987 concede el derecho a dos clases de alojamiento: el alojamiento inmediato o alternativo, para personas sin techo, y el alojamiento a largo plazo, para algunas categorías de víctimas definidas.

59] En el reciente caso de 2009 de *la Municipalidad de Ekurhuleni v. Dada NO y Otros*,⁵⁴ el Tribunal Supremo de Apela-

ción (TSA) anuló una sentencia de un Alto Tribunal. El Alto Tribunal subrayó que, entre el periodo del alojamiento, de la aplicación del desalojo y la fecha de la vista, la Municipalidad había permanecido inactiva y no había tomado las medidas adecuadas para garantizar una ubicación efectiva de las personas afectadas. Por este motivo, el Alto Tribunal requirió a la Municipalidad de Ekurhuleni que comprara las tierras que habían sido ocupadas ilegalmente por unas setenta y seis familias (los ocupantes). El Tribunal Supremo de Apelación apoyó la valoración de que la municipalidad no había proporcionado reparación concreta y eficaz alguna a las personas marginadas, pero determinó que la decisión del Alto Tribunal de ordenar a la municipalidad la adquisición del terreno quedaba fuera de las competencias del juez. El Tribunal Supremo de Apelación subrayó este punto en el párr. 14: *Puede que el Juez tuviera razón al llegar a la conclusión de que la municipalidad no había afrontado los problemas del asentamiento informal en la propiedad en cuestión con la celeridad que sería razonable esperar de ella. Pero eso no justificaba que adoptara una solución que quedaba por mucho fuera de los límites de sus poderes.*⁵⁵

60] Este caso ilustra las dificultades que afrontan las personas pobres a la hora de acceder a una vivienda y los retos judiciales a los que se enfrentan los Tribunales cuando aplican los principios rectores anteriormente mencionados.

La violencia doméstica como origen del desalojo forzado

Puesto que un desalojo forzado es la salida permanente o temporal de un individuo en contra de su voluntad del domicilio o terreno que ocupaba, sin que hayan mediado formas de protección legales o de otro tipo, podemos afirmar que la salida de un alojamiento a resultas de la violencia doméstica es comparable a un desalojo forzado. Diversos estudios han probado que existe un vínculo entre la violencia doméstica y el desalojo forzado. También han demostrado que la violencia contra la mujer tiene relación con la falta de acceso a la vivienda.¹ De hecho, la asequebilidad y la calidad de la vivienda tienen una importancia crucial en la prevención de la violencia doméstica contra las mujeres pobres.²

El Caso *A.T. v. Hungría, examinado a la luz del protocolo facultativo de la CEDAW*, ha supuesto un apoyo importante de cara a la relación entre el derecho a la vivienda y la violencia doméstica y las obligaciones de los Estados que se derivan de la misma. La autora de la comunicación reclamaba ser víctima de violencia doméstica grave, pero explicaba que en su caso le era imposible dejar el domicilio, ya que los refugios de Hungría no estaban equipados para atender a su hijo con discapacidad. El CEDAW (Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) determinó que las autoridades deberían "garantizar la integridad física y mental de la autora y su familia", asegurarse de que se le proporcionara un hogar seguro donde vivir con sus hijos y proporcionarle "sostén para sus hijos y asistencia letrada, además de una indemnización proporcionada con el daño físico y mental sufrido y la gravedad de las infracciones de sus derechos". (Comunicación 2/2003 del CEDAW, Dictamen adoptado el 26 de enero de 2005).

52. La Sección 26(2) menciona que todo el mundo tiene derecho al acceso a una vivienda adecuada, y obliga al Estado a tomar medidas razonables, dentro de los recursos disponibles, para garantizar que este derecho se realice progresivamente.

53. Este caso guarda relación con la comunidad del parque Valhalla; la Municipalidad Metropolitana de Ciudad del Cabo presentó una demanda de desalojo de los y las residentes de esta comunidad. Algunos de sus miembros llevaban más de diez años en la lista de espera de vivienda; y después de estos diez años de espera, sus intolerables condiciones de vida los empujaron a mudarse a una tierra vacía propiedad del Municipio.

54. Caso n° 280/2008 (TSA) (*Caso de la Municipalidad de Ekurhuleni*).

55. Véase www.safiii.org/za/cases/ZASCA/2009/21.pdf (en inglés, completo) www.esccr-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=1634501&attribLang_id=13441 (en castellano, resumen)

[La violencia doméstica como origen del desalojo forzado]

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha protegido por primera vez al demandante y a su madre en un reciente caso histórico, *Opuz v. Turquía*, de 2009, al determinar que la violencia doméstica es una forma de discriminación.

El papel de control de las instituciones es crucial en este asunto. El Centro Nacional contra la Violencia (NCAV)³ de Mongolia y las ONG de Sudáfrica han proporcionado refugios temporales y de emergencia a mujeres pobres que son víctimas de la violencia así como sus hijos e hijas. La oportunidad de acceder a estos refugios depende de la capacidad financiera de la víctima y de la urgencia de la situación. Garantizan un periodo de transición de entre tres y seis meses durante los cuales las mujeres víctimas reciben programas de formación, asesoramiento legal y apoyo psicológico. En ocasiones, las autoridades locales subvencionan los costes operativos (como es el caso de los departamentos provinciales de desarrollo social de Sudáfrica).

La campaña de Amnistía Internacional “Está en nuestras manos: no más violencia contra las mujeres” ha proporcionado información útil y apoyo a la cuestión de la vivienda de las mujeres y la violencia doméstica. Para más información, véase: <http://www.amnesty.org/es/library/asset/ACT77/001/2004/es/97f34b43-d64e-11dd-ab95-a13b602c0642/act770012004es.pdf>

1. Véase el Artículo de H. Combrink, “Access to housing for women who are victims of gender based violence” en *ESCR Review*, (10)2, julio de 2009.

2. Véase S. Liebenberg y K. Pillay, “Poverty and Human Rights Report of the National “Speak Out on Poverty”, Hearings”, de marzo a junio de 1998, acordado por la SANGOCO, el CGE y la SAHRC, SANGOCO: Johannesburgo.

3. <http://www.safefuture.mn/en/>

Para más información sobre la relación entre la violencia doméstica y el derecho a la vivienda, véase: Informe del Relator Especial de la ONU: Doc. ONU E/CN.4/2005/43, párr. 41 y 43. Doc. ONU E/CN.4/2006/118, párr. 32.

6. LOS DEBERES DE PROTECCIÓN IGUALITARIA Y NO DISCRIMINACIÓN

61] A partir del derecho a la vivienda surgen diferentes cuestiones, dado que las personas pobres y determinados grupos (por ejemplo, migrantes, minorías, personas desplazadas, mujeres y menores) son los más discriminados en términos de acceso y mantenimiento de su derecho a una vivienda apropiada. En este contexto, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial determina en su Artículo 5(e) la obligación de los Estados Partes de: “prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular [...] el derecho a la vivienda”. Esto queda reforzado por el derecho igualitario de hombres y mujeres al disfrute de todo derecho económico, social y cultural.⁵⁶

62] Sin embargo, hay una separación significativa entre las necesidades de vivienda y la tierra disponible para proporcionar una vivienda a todos y todas. La discriminación también

se presenta en forma de leyes, políticas, normativas, acceso a sistemas hipotecarios y falta de capacidad institucional o financiera, así como en la falta de respuestas eficaces que afronten las necesidades de vivienda.

63] Por este motivo, el Relator Especial desarrolló unas directrices para los Estados, con el fin de garantizar la prevención de la discriminación en relación con el derecho a una vivienda apropiada. Estas directrices perfilaban estrategias para abordar los obstáculos existentes a la hora de vincular el derecho a la vivienda con el derecho a la propiedad, y definían directrices para encarar la discriminación basada en la raza, el origen o el género.

64] El derecho a la vivienda es de particular importancia para las personas con discapacidad, dado que este derecho proporciona independencia, participación e integración social. El Tribunal Supremo de los EE.UU. ha establecido que toda legislación que impidiera la creación de casas especiales para personas con discapacidad era discriminatoria.⁵⁷

65] La Carta Social Europea ha invocado la solidaridad y la inclusión social en varios casos relacionados con las minorías, especialmente con las personas migrantes y los grupos étnicos. Con relación a la comunidad romaní, por ejemplo, el Comité Europeo de Derechos Sociales confirmó que los Estados deberían respetar las diferencias y garantizar que los acuerdos sociales lleven efectivamente a la inclusión de grupos sociales.⁵⁸ El Comité Europeo también subrayó la responsabilidad del Estado de recopilar datos relativos a los problemas relacionados con la vivienda de las comunidades romaníes. Se hizo hincapié en responsabilidades similares en el caso del *Centro Europeo de Derechos Romaníes v. Italia*,⁵⁹ relacionado con el alojamiento de la comunidad romaní en espacios de acampada que eran inadecuados, escasos y fuente de segregación racial y discriminación. Pero la obligación de los Estados va más allá, dado que, desde el punto de vista del Comité, las obligaciones relacionadas con la no discriminación de cualquier comunidad imponen la obligación de tener en cuenta sus diferencias relevantes y de actuar en consecuencia. Esta obligación supone la implementación de medidas de acción positiva dirigidas a la promoción efectiva de la integración social.⁶⁰ En el caso de la *Sra. L.R. et al v. Eslovaquia*,⁶¹ el Comité para la Eliminación de Discriminación Racial también indicó en relación con la población romaní, que la revocación de la política de vivienda, basada en este caso en el origen étnico, era discriminatoria.

66] El Comité Europeo tomó una decisión histórica en el caso de la Federación Europea de Organizaciones Nacionales que

57. Tribunal Supremo de los EE.UU, *Ciudad de Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 US, 432 (1985).

58. *ERRC v. Grecia*, Demanda 15/2003, Resolución en cuanto al Fondo del 8 de diciembre de 2004, § 19.

59. N° 27/2004, Resolución en cuanto al Fondo sobre la demanda a los Partidos y al Consejo de Ministros del 7 de diciembre de 2005. Véanse también otras decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales: *Centro Europeo de Derechos Romaníes vs. Grecia*, demanda n° 15/2003; *Centro Europeo de Derechos Romaníes v. Bulgaria*, demanda 31/2005.

60. CEDS, *Centro Europeo de Derechos Romaníes v. Bulgaria*, demanda 31/2005, resolución en cuanto al fondo del 18 de octubre de 2006, párr. 42.

61. Comunicación 31/2003, 10 de marzo de 2005.

56. Artículo 3 del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Trabajan con las Personas sin Hogar –*FEANTSA v. Francia*⁶²– en el cual el Comité fue más allá y explicó el alcance y la extensión de las obligaciones estatales. El Comité recordó que, aunque las obligaciones estatales relativas al derecho a la vivienda no pueden ser interpretadas como obligaciones de resultado, deberían implicar medios operativos, financieros y legales así como actividades de control, que revisen las políticas de vivienda y las adapten, si fuera necesario, para proporcionar ayuda efectiva a todo tipo de personas. Los Estados deben establecer un calendario y no retrasar indefinidamente la adopción de medidas.

67] Las mujeres conforman el grupo más vulnerable de los que viven en situación de pobreza y, por tanto, constituyen el segmento más afectado por los programas de vivienda. Por lo tanto, deberían tenerse en cuenta las realidades históricas, sociales y económicas de las mujeres a la hora de garantizarles el disfrute total e igualitario de su derecho a la vivienda.⁶³ Se han realizado cambios específicos tras la Resolución 2000/13 de las Naciones Unidas, “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”, que desarrolló unas bases cruciales para el empoderamiento y reconocimiento de las mujeres.⁶⁴

68] Teniendo en cuenta el marco legal de la discriminación de la mujer relacionado con la vivienda, la tierra y la herencia, el Relator Especial propuso una definición del derecho a la vivienda con un enfoque explícito de género: el derecho a la vivienda es “el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad” (E/CN.4/2001/51, párr. 8).

69] Los enfoques de género han demostrado ser extremadamente importantes en el análisis del caso *Grootboom*, dado que los principios Grootboom suelen utilizarse a menudo para crear marcos basados en el género desde los que interpretar el derecho a la vivienda de la mujer en Sudáfrica. También se han empleado para definir los límites de la relación entre el derecho a la vivienda y el derecho al trabajo. En el caso canadiense *Godbout v. Longueuil (Ayuntamiento)*,⁶⁵ la policía obligó a una mujer que había contratado a firmar una declaración por la que fijaría su residencia dentro de la ciudad. El Tribunal Supremo de Canadá falló que tal declaración constituía una violación de su derecho a la vivienda.

70] Hay una serie de decisiones importantes relativas a las personas desplazadas⁶⁶ que refuerzan el derecho a la vivienda de aquellas poblaciones que están bajo fuerte presión para

que abandonen sus hogares, sea por situaciones de violencia interna o por desastres naturales, como en las resoluciones colombianas T-919 de 2006 y T-585 de 2006 y el recurso de amparo 027 de 2007.⁶⁷ En Nepal, el caso *Bhim Prakash Oli et Al. v. el Gobierno de Nepal et al*⁶⁸ confirmó la obligación del Estado de implementar y controlar planes y programas holísticos para integrar a las poblaciones desplazadas en las prioridades de vivienda existentes.

71] Teniendo en cuenta las recurrentes violaciones de las tradiciones culturales y el derecho a la propiedad y la vivienda de las comunidades indígenas, en Latinoamérica se han tomado una serie de decisiones importantes al respecto. En el caso de *La Comunidad Moiwana v. Surinam*,⁶⁹ la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó garantizar el derecho a la propiedad de los miembros de la comunidad Moiwana y de sus territorios tradicionales, así como desarrollar medidas especiales que incluyeran mecanismos para la delimitación, demarcación y titulación de los mencionados territorios tradicionales.

7. EL PAPEL DE LAS ONG EN EL AVANCE DEL DERECHO A LA VIVIENDA

72] Las ONG pueden contribuir al empoderamiento de los grupos marginados en relación con el derecho a la vivienda, llevando a cabo las siguientes tareas:

- proporcionando asesoramiento/apoyo legal
- aumentando el grado de sensibilización ante la necesidad de incluir el género en la legislación y las políticas públicas relativas al derecho a la vivienda
- defendiendo la armonización de los estándares y disposiciones internacionales incluidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, el corpus de los tratados internacionales, las religiones nacionales y el derecho consuetudinario
- involucrando a los medios de comunicación
- proporcionando alojamiento transitorio y de emergencia
- desarrollando programas de formación para apoyar a las mujeres, niños y niñas durante los procesos de reconstrucción.

73] El papel defensor de las ONG ha tenido un impacto enorme en relación con el acceso a las jurisdicciones internacionales y la promoción de desarrollos cruciales en las leyes nacionales, como se puede ver en los casos de la *FEANTSA* y el *Movimiento ATD Cuarto Mundo* anteriormente mencionados. Este papel de apoyo ha sido particularmente importante en el Comité Europeo de Derechos Sociales, ante el cual las ONG han presentado varias demandas en su defensa de los grupos más vulnerables de la sociedad.

62. Demanda n° 39/2006, resolución en cuanto al fondo del 5 de Diciembre de 2007. Véase también el *Movimiento ATD Cuarto Mundo v. Francia*, demanda 33/2006, resolución en cuanto al fondo del 5 de Diciembre de 2007.

63. La Observación 16 indica que “las mujeres se ven con frecuencia privadas del disfrute de sus derechos humanos en pie de igualdad, en especial debido a la condición inferior que las asignan la tradición y las costumbres o como consecuencia de discriminación abierta o encubierta”.

64. Véase también la Resolución 2001/34 del CNUDH *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*, Doc. de la ONU E/CN.4/RES/2001/34 (20 de abril de 2001); véase también el Informe del CNUDH E/CN.4/2002/53 de 2002.

65. (1997) 3 S.C.R. 844.

66. Informe del Representante del Secretario General sobre los Derechos Humanos de los Desplazados Internos, Sr. Walter Kälin (A/HRC/10/13), y su Adición Protección de los Desplazados Internos, véase el doc. E/CN.4/2006/118, pág. 20.

67. Corte Constitucional de Colombia, 1 de febrero de 2007.

68. 8 de febrero de 2006.

69. *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, 15 de julio de 2005 párr. 107–212. Véase también el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, 29 de marzo de 2006.

74] Se han implementado diversas iniciativas relativas a la inclusión del género en las estrategias por el derecho a la vivienda o incluso por el derecho a la vivienda y el VIH-SIDA. De hecho, la Coalición Mundial sobre la Mujer y el SIDA (GCWA), lanzada por el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH-SIDA (UNAIDS), es una alianza mundial de grupos de la sociedad civil, redes de mujeres con VIH y SIDA, gobiernos y organismos de las Naciones Unidas, creada con vistas a destacar el impacto del SIDA en mujeres y niñas y a movilizar la acción a nivel mundial, regional y nacional. El Centro Internacional de Investigación sobre la Mujer (ICRW) ha desarrollado una importante investigación centrada en particular en la relación entre la garantía de tenencia y la mitigación de la expansión del VIH y sus costes.⁷⁰ Entre otros ejemplos se cuentan la Housing and Land Rights Network (HLRN) de la Habitat International Coalition, el Movimiento de los Pueblos para la Educación en Derechos Humanos (PDHRE), la campaña de Amnistía Internacional “Está en nuestras manos: no más violencia contra las mujeres” y la Coalición Mundial sobre la Mujer y el SIDA (GCWA). En 2008, el Centro para la Igualdad de Derechos de Alojamiento (CERA)⁷¹ desarrolló una guía de ayuda al derecho a la vivienda especial para personas marginadas y pobres en Canadá.⁷²

70. Véase la investigación www.icrw.org/docs/2004_paper_haveandhold.pdf.

71. www.equalityrights.org/cera/

72. Human rights in housing in Canada An Advocate’s Guide, Centro para la Igualdad de Derechos de Alojamiento (CERA), 2008. Disponible en www.equalityrights.org/cera/docs/National%20Guide%20English%20Final.pdf.



Vigilancia del derecho a la vivienda

En relación con el papel de vigilancia, UN-Habitat ha desarrollado un conjunto de indicadores para la implementación plena y progresiva del derecho a una vivienda apropiada, “Monitoring Housing Rights: developing a Set of Indicators to monitor the Full and Progressive Realization of the Human Right to Adequate Housing”.¹ También son relevantes los informes presentados por la FoodFirst Information and Action Network (FIAN), especialmente el informe paralelo a los informes periódicos combinados segundo a cuarto de las Filipinas presentados al CESCR en la 41ª sesión, titulado “Philippine State’s Obligations to its Citizens Right to Adequate Food and Right to Adequate housing”.² COHRE ha desarrollado información crucial y ha preparado informes de alto nivel verificando el derecho a la vivienda por todo el mundo³, así como material específico relativo a la aplicación legal forzosa del derecho a la vivienda y otros derechos relacionados con ella.⁴ COHRE también presenta litigios en defensa del derecho a la vivienda ante foros internacionales y regionales e interviene como *amicus curiae* ante los tribunales nacionales.

1. 2003 disponible en: www.sheltercentre.org/library/monitoring-housing-rights-developing-set-indicators-monitor-full-and-progressive-realisation

2. Doc. de la ONU E/C. 12/PHL/4 disponible en www2.ohchr.org/english/bodies/ceschr/docs/info-ngos/FIAN_Philippines41.pdf

3. Véase, por ejemplo, el derecho a la vivienda en Nicaragua: Véase del informe conjunto (COHRE WCCN y CENIDH) 2003: www.sheltercentre.org/sites/default/files/COHRE_NicaraguaHousingRightsinHistoricalComplexities.pdf.

4. Véase, por ejemplo, COHRE, *Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Legal Practitioners Dossier*, COHRE: 2006 (http://www.equalinrights.org/uploads/tx_wizzresources/COHRE_2006_Litigating_ESCRs_Practitioners_Dossier.pdf); COHRE *Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Achievements, Challenges and Strategies*, COHRE: 2002 (<http://globalinitiative-eschr.org/wp-content/uploads/2012/06/Litigating-ESCR-Report.pdf>).

EJERCICIOS

- 1) Analice el marco del derecho a la vivienda en su país. ¿Qué grupos sufren por tener una vivienda culturalmente inapropiada?
- 2) ¿Qué opciones de alojamiento tienen las personas con ingresos bajos o que ganan el salario mínimo en su país? En el caso de que existan subsidios, ¿están llegando a las personas más desfavorecidas?

El derecho a disfrutar del nivel de salud física y mental más alto posible

– 77 –
1. Definición del derecho a disfrutar del nivel de salud física y mental más alto posible

– 78 –
2. Obligaciones básicas

– 80 –
3. Deberes de protección igualitaria y no discriminación

4. La salud de las mujeres

5. La realización progresiva

– 81 –
6. Las obligaciones de los Estados

– 82 –
7. La protección específica de grupos marginados y vulnerables

a. Infancia y juventud

b. Las personas con discapacidad

c. Las personas con VIH-SIDA

d. Las personas mayores

e. Las personas migrantes

f. Las personas desplazadas

– 85 –
8. Estrategias de defensa en justicia

EL DERECHO A DISFRUTAR DEL NIVEL DE SALUD FÍSICA Y MENTAL MÁS ALTO POSIBLE



© Ejército de los EEUU en África

El derecho a disfrutar del nivel de salud física y mental más alto posible (derecho a la salud) es central en la estrategia para lograr los OMD y básico en la lucha contra la pobreza. El derecho a la salud es esencial para disfrutar una vida con dignidad. Sin embargo, el derecho a la salud ha sido siempre objeto principal de discriminaciones y prejuicios en relación con grupos de población a quienes se ha limitado el acceso al mismo. La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha desarrollado un marco de defensa en justicia y ha proporcionado directrices para todos los aspectos de este derecho, tomando en consideración la necesidad de proteger a grupos especiales de población. El siguiente capítulo describe las directrices principales para la protección del derecho a la salud de todas las personas e intenta esclarecer las obligaciones básicas y las obligaciones de los Estados con el fin de buscar el respeto a la dignidad humana, el núcleo de este derecho.

1. DEFINICIÓN DEL DERECHO A DISFRUTAR DEL NIVEL DE SALUD FÍSICA Y MENTAL MÁS ALTO POSIBLE

1] El derecho a disfrutar del nivel de salud física y mental más alto posible (derecho a la salud) ha sido definido en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1946, que establece que “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.” Aunque el preámbulo añade que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social”,¹ esta definición ha sido criticada, dado que no se puede obligar al Estado a proporcionar el derecho a la salud a todas las personas, y no se puede proteger a cada persona contra todas las causas de enfermedad posibles.² El derecho a la salud es, por tanto, más complejo y pluridimensional que lo que se estimó inicialmente.

2] El derecho a la salud ha sido reconocido en numerosos

instrumentos internacionales de derechos humanos.³ Las primeras directrices relativas al derecho a la salud las proporcionó la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, que establece que: “Toda 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 alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.”⁴

3] Sin embargo, la definición más completa, que no sólo incluye los elementos necesarios para vivir una vida saludable, sino también los derechos requeridos para dar al derecho una relevancia y una dimensión económicas, sociales y culturales, la proporciona el Artículo 12 del PIDESC, que establece que:

- (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

1. Preámbulo de la Constitución de la OMS (1946).

2. CESCR, Observación General nº 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” (Artículo 12 del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/200/4 (11 de agosto de 2000), párr. 8; Proyecto de Directrices de la OACDH, párr. 116.

3. Véanse por ejemplo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1966), Artículo 5(e)(iv), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), Artículos 11.1(f) y 12, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989), Artículo 24, la Carta Social Europea (1961) revisada, Artículo 11, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), Artículo 16, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988), Artículo 10.

4. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Artículo 25(1).

- (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.

Esta lista de obligaciones del Estado en el Artículo 12(2) es ilustrativa y no exhaustiva.⁵

4] Basándose en esta definición, el Comité ha desarrollado una descripción más amplia del derecho a la salud, que incluye un paquete de derechos interrelacionados. El CESCR establece que: *“el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud. Un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud”*.⁶

Esta descripción simboliza la interrelación e interdependencia de todos los derechos humanos.

5] El Relator Especial sobre el derecho a la salud propone añadir el “derecho a un sistema de salud eficaz e integrado, que abarque la atención de la salud y los determinantes subyacentes de la salud, que responde a las prioridades nacionales y locales y es accesible para todos.”⁷

6] En este sentido, el derecho a la salud entraña tanto libertades como beneficios adquiridos: requiere el ejercicio de derechos tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales. Entre las libertades figura, por ejemplo, el derecho a tomar decisiones respecto de la propia salud, con inclusión de la libertad sexual y genésica,⁸ y el derecho a no padecer injerencias, así como el derecho no ser sometido a tratamientos médicos no consensuales.⁹ Entre los beneficios adquiridos figura el derecho a un sistema sanitario que proporcione la base para que todas las personas disfruten del nivel de salud más alto posible.¹⁰

7] También se mencionan dos aspectos importantes: el derecho al acceso y disfrute tanto de los servicios como de los determinantes de la salud, y el derecho a disfrutar de unas condiciones sociales que salvaguarden la salud pública, tales como la prevención, el tratamiento contra las epidemias, el saneamiento, un agua en condiciones adecuadas, etcétera.

8] Finalmente, el derecho a la salud ha de respetar los **principios de igualdad y no discriminación** y realizarse especialmente para los sectores más vulnerables de la sociedad.¹¹

2. OBLIGACIONES BÁSICAS

9] El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha explicado más detalladamente el Artículo 12 y el contenido normativo del derecho a la salud en su Observación General n° 14.¹² Tal y como lo describen estos documentos, el derecho a la salud contiene también cuatro características o determinantes esenciales e interrelacionados que representan los componentes básicos del derecho a la salud y los beneficios adquiridos relacionados: (1) **Disponibilidad**, (2) **Accesibilidad**, (3) **Aceptabilidad** y (4) **Calidad (DAAC)**. Si bien estos elementos esenciales se describen a menudo en relación con los servicios, programas y bienes de atención sanitaria, también se pueden aplicar a los determinantes subyacentes de la salud, como el derecho al agua potable y el saneamiento o el derecho a una vivienda apropiada.

10] El **marco DAAC** está explicado detalladamente en la Observación General n°14, que resumimos a continuación: **Disponibilidad**. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios de salud. Ello incluye, por ejemplo, hospitales, clínicas, profesionales de la salud formados y medicamentos básicos, así como determinantes subyacentes tales como un agua potable e instalaciones de saneamiento adecuadas.¹³

11] **Accesibilidad**. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, centrándose especialmente en las personas vulnerables o marginadas. Han de ser **físicamente accesibles**, entendiéndose por ello que estarán al alcance geográfico de todos los sectores de la población, incluidas las personas con discapacidad y las de zonas rurales. Han de ser **económicamente accesibles**, es decir, estar al alcance de todos y todas. En este sentido, la prestación de atención sanitaria debería respetar el principio de igualdad y priorizar a los grupos más vulnerables de la sociedad. Es más, la accesibilidad incluye el derecho a solicitar, recibir y difundir información sobre la salud.¹⁴ En el caso de la India *Indra Sawhney v. la Unión de la India*,¹⁵ por ejemplo, el Tribunal Supremo observó que, para erradicar la pobreza y eliminar la desigualdad, es necesario garantizar “gratuitamente” la asistencia médica, la educación, el acceso al empleo, la vivienda, las reformas agrarias y el agua potable.

12] Según las propuestas de la **Observación General n°14**, el acceso a la salud incluye: “el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de re-

5. CESCR, Observación General n° 14, nota ut supra 112, párr. 7.

6. Ibid. Véase también CESCR, Observación General n° 14, nota ut supra 112, párr. 9, 11.

7. Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. P. Hunt, E/CN.4/2006/48 (3 de marzo de 2006) ¶ 4.

8. Véase también el Artículo 16(1)(e). de la CEDAW.

9. Ibid.

10. Ibid.

11. Observación General n° 1, párr. 18 y 19.

12. Véase en general la Observación General n° 14 del CESCR.

13. Ibid. párr. 12(a).

14. Ibid. párr. 12(b).

15. 1997 supp (3) SCC 217.

habilitación, así como a la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; el suministro de medicamentos esenciales, y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental.¹⁶ Además, la OMS aclaró que estas disposiciones deberían implementarse en todos los niveles, incluyendo la asistencia sanitaria primaria, secundaria y terciaria.

13] El **acceso a la información sobre la salud** es asimismo un aspecto esencial del derecho a la salud y está vinculado al concepto de accesibilidad.¹⁷ De hecho, la información sobre la salud permite a las personas promover su propia salud y reclamar establecimientos, bienes y servicios sanitarios de calidad al Estado y a otros.¹⁸ Consecuentemente, el Estado debe garantizar que la información sobre salud está disponible y accesible para todas las personas, y proporcionarla en las lenguas locales.¹⁹ El derecho a la salud también incluye la libertad de todas las personas de solicitar, recibir y difundir información acerca de las cuestiones relacionadas con la salud.²⁰ De hecho, otros aspectos esenciales del derecho a la salud, tales como una participación significativa y una rendición de cuentas efectiva, dependen del acceso a la información, así como del derecho a opinar libremente.²¹ Así como la información sobre salud debe estar disponible, los datos personales relativos a la salud han de tratarse con confidencialidad.²²

14] El **CEDAW** estudió el caso de una violación del derecho a la información en relación con la esterilización de una paciente mujer miembro de la **comunidad romaní** y madre de tres hijos, que no había dado su consentimiento previo para dicha intervención. De hecho, antes de la operación, el doctor había pedido a la señora A.S. que rellenara algunos formularios de consentimiento que ella no entendía. Después de la operación, se dio cuenta de que la habían sometido a un procedimiento de esterilización. Argumentaba que nunca lo habría aceptado dado que sus estrictas creencias católicas prohibían toda clase de contracepción, incluida la esterilización. El Comité CEDAW concluyó, en el caso **A.S. v. Hungría**, que se habían violado varios derechos establecidos en la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: el derecho a un consentimiento informado así como el derecho a la información sobre planificación familiar, el derecho a unos servicios adecuados en relación con el embarazo y el periodo postparto y el derecho a determinar el número y el intervalo entre los nacimientos.²³ A resultas de este laudo, el Gobierno Húngaro modificó la Ley de Salud Pública en relación con el derecho a ser informada en este tipo de procedimientos médicos.

16. Véase la Observación General n°14, párr. 17.

17. Ibid. párr. 12(b)(iii).

18. Informe de 2006 del Relator Especial, nota ut supra 114, párr. 49(c)(iii).

19. Véase ibid. Véase también la Observación General n° 14 del CESCR, párr. 12(b)(iv).

20. Observación General n° 14 del CESCR, nota ut supra 112, párr. 12(b)(iv).

21. Informe de 2006 del Relator Especial, nota ut supra 113, párr. 49(c)(iii).

22. Observación General n° 14 del CESCR, nota ut supra 112, párr. 12(b)(iv).

23. Comunicación n. 4/2004, CEDAW /C/36/D/4/2004.

15] En el caso **K.H. y Otros v. Eslovaquia**,²⁴ ocho mujeres romaníes no lograron concebir tras recibir tratamiento ginecológico y obstétrico. Antes de ser dadas de alta del hospital se les pidió que firmaran unos documentos sin que fueran capaces de identificar su contenido. Las autoridades sanitarias eslovacas declararon que no tenían derecho a fotocopiar los informes médicos. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que debe permitirse el acceso a los datos propios con el fin de respetar el derecho a ser consultada correctamente antes de recibir atención sanitaria.

16] **Aceptabilidad.** Los establecimientos, bienes y servicios sanitarios han de ser respetuosos con la ética médica, incluido el derecho a la confidencialidad, y han de ser conscientes de las culturas, las comunidades y el género. Además, la información sobre la salud ha de proporcionarse en las lenguas locales.²⁵

17] **Calidad.** Los establecimientos, bienes y servicios sanitarios también han de ser adecuados tanto científica como médicamente y de buena calidad. Además, los determinantes subyacentes de la salud también han de ser apropiados y de buena calidad.²⁶ Así, por ejemplo, el agua y la educación para la salud, así como los hospitales y los medicamentos han de ser de buena calidad.

► OBLIGACIONES BÁSICAS DEL DERECHO A LA SALUD (BASADAS EN LA OBSERVACIÓN GENERAL N° 14)

- Acceso a los establecimientos, bienes y servicios sanitarios sin discriminación y con particular atención a los grupos vulnerables y marginados
- Acceso a una alimentación mínima esencial, nutricionalmente apropiada, adecuada y segura, que garantice que nadie pase hambre
- Acceso a un refugio, vivienda y saneamiento básicos y a un suministro de agua potable
- Acceso a medicamentos esenciales conforme a lo definido en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS
- Distribución equitativa de los establecimientos, bienes y servicios sanitarios
- Adopción e implementación de una estrategia nacional de salud pública y de un plan de acción (diseñado y aprobado de manera participativa, incluyendo indicadores y cotas de referencia, así como revisiones, ajustes y actualizaciones periódicas).
- Garantía de asistencia sanitaria reproductiva, maternal (pre y post parto) y pediátrica
- Prestación de servicios de vacunación contra las principales enfermedades infecciosas
- Toma de medidas para la prevención, tratamiento y control de enfermedades epidémicas y pandémicas.
- Provisión de educación y acceso a información relativa a los principales problemas de salud de la comunidad, incluyendo métodos para la prevención y el control de los mismos.
- Provisión de formación para personal sanitario, incluyendo la educación para la salud y los derechos humanos.

24. Demanda n° 32881/04 ante el TEDH, 2009.

25. Ibid. párr. 12(c).

26. Ibid. párr. 12(d).

3. LOS DEBERES DE PROTECCIÓN IGUALITARIA Y NO DISCRIMINACIÓN

18] Es importante subrayar que la no discriminación y la igualdad son fundamentales en el derecho a la salud. El derecho a la salud proscribiera toda discriminación en el acceso o la prestación de la asistencia sanitaria y los determinantes subyacentes de salud.²⁷ Además, se ha de prestar especial atención a la promoción de la igualdad de hombres y mujeres, y de los grupos vulnerables y marginados.²⁸ Por ejemplo, en el caso anteriormente mencionado de *A.S. v. Hungría*, el Comité CEDAW urgió al Estado Parte a partir de un enfoque global para eliminar las múltiples formas de discriminación contra las mujeres y, en particular, para garantizar la igualdad material entre niñas romaníes.²⁹

19] Además, se requiere una revisión cuidadosa de la asignación de recursos económicos a la salud para garantizar que la política y el gasto sanitario fomentan la igualdad en lugar de contribuir a o perpetuar las desigualdades.³⁰ La obligación de garantizar un tratamiento no discriminatorio también requiere la eliminación de los obstáculos que impiden el disfrute de la salud (*de iure* y *de facto*). Sobre esta base, la igualdad es ejecutable con carácter inmediato.³¹

20] Otro aspecto importante del derecho a la salud es “la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional”.³² La participación implica, entre otros factores, el derecho a solicitar y difundir información relativa a la salud, el derecho a expresar opiniones libremente y el derecho a una educación básica para la salud, así como la transparencia de los procesos de diseño de políticas. Una participación plena basada en la no discriminación requiere también prestar una atención especial a compartir información y solicitar la opinión tanto de mujeres como de hombres, así como la de aquellas personas vulnerables y marginadas.³³

4. SALUD Y MUJER

21] Las mujeres afrontan las cuestiones de salud de forma diferente a los hombres. Por esta razón, deberían tenerse en

cuenta los factores biológicos y socioculturales del derecho a la salud de hombres y mujeres a la hora de hablar del derecho a la salud de las mujeres.³⁴

22] Las mujeres en las zonas rurales, así como las mujeres indígenas desplazadas, las mujeres con discapacidad, las que viven en situación de pobreza y las que padecen VIH-SIDA afrontan una doble discriminación y exclusión. Con respecto de las mujeres en las zonas rurales, por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, (CEDAW), afirma en su artículo 14 que los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales en el ámbito de la asistencia sanitaria a fin de asegurar su acceso a la asistencia sanitaria y la planificación familiar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres. En relación con las mujeres con discapacidad, es importante destacar que sufren claramente una doble discriminación y que, en algunos casos, las mujeres que padecen la violencia doméstica son tratadas de este modo a causa de su discapacidad.

23] Los derechos sexuales y reproductivos, el embarazo y las cuestiones relacionadas con la planificación familiar requieren acciones especiales con el fin de evitar la limitación de dichos derechos. En Colombia, varios casos de jurisprudencia han protegido a las mujeres embarazadas como “sujetos de especial protección” cuando las instituciones privadas de asistencia sanitaria dejan de proporcionar sus servicios basándose en el impago de los gastos.³⁵ Esta protección también ha cubierto el caso de mujeres embarazadas trabajando en hogares,³⁶ la protección del derecho a la salud de mujeres desplazadas³⁷ y la integración social de mujeres con discapacidad.³⁸

5. LA REALIZACIÓN PROGRESIVA

24] Además de los DAAC, hay **otros conceptos** que son cruciales para el derecho a la salud. En primer lugar, el derecho a la salud es objeto de realización progresiva. Muchos Estados no disponen actualmente de los recursos necesarios para implementar completamente el derecho al disfrute del nivel de salud más alto posible para todas las personas. A pesar de ello, los Estados han de dar pasos deliberados y concretos hacia la realización plena del derecho a la salud para todas las personas.³⁹ El corolario de la obligación de realizar progresivamente el derecho a la salud es que “existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud”.⁴⁰

27. Ibid. párr. 18. Queda prohibida la discriminación “por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud.” Ibid..

28. Véase *ibid.* párr. 18.

29. Véanse las Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: Hungría, CEDAW/C/HUN/CO/6, 10 de agosto de 2007.

30. Véase *ibid.* párr. 19.

31. Observación General n° 16, párr. 6, 29 y 30.

32. *Ibid.* párr. 11 (sin cursiva en el original).

33. Véase, por ejemplo, *ibid.* párr. 54 (discusión sobre el derecho de los individuos y grupos a participar en los procesos de toma de decisiones para desarrollar cualquier política, programa o estrategia relacionada con el derecho a la salud)

34. Observación General n° 14 page 12-13.

35. Tutela n° 088/08, Corte Constitucional de Colombia, 5 de febrero de 2008. Véase también: las T-106 de 1996, T-694 de 1996, T-662 de 1997 y T-844 de 2002..

36. Tutela n° -730/99, Corte Constitucional de Colombia, 1 de octubre de 1999.

37. SU-1150 de 2000, T-1635 de 2000 y T-327 de 2001; T-045 de 2010 entre otras.

38. SU-1167 de 2001.

39. *Ibid.* párr. 30-31.

40. *Ibid.* párr. 32.

25] Si bien el derecho a la salud es objeto de **realización progresiva**, los Estados tienen una obligación fundamental inmediata que está formada, cuando menos, por los niveles mínimos esenciales de asistencia sanitaria primaria, alimentación, vivienda, saneamiento y medicamentos esenciales.⁴¹ Esta obligación fundamental también incluye la adopción e implementación de una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública.⁴²

26] El **Tribunal Constitucional de Perú** analizó la inacción de las autoridades peruanas a la hora de proporcionar medicamentos a pacientes con VIH en el caso **Azanca Alhelí Meza García**.⁴³ El tribunal subrayó que las autoridades estatales fueron incapaces de proporcionar tratamiento médico completo a un paciente VIH positivo que no podía obtener esta medicación de coste elevado debido a limitaciones financieras. El Tribunal señaló que las personas con VIH/SIDA son particularmente vulnerables y deberían protegerse especialmente en base a los principios de solidaridad y dignidad humana. El Tribunal concluyó que el Estado no había cumplido con su obligación de tomar medidas concretas para proporcionar medicamentos antirretrovirales a adultos VIH-positivos en el marco del Artículo 7 de la Ley Nacional del Perú n° 26626 sobre el VIH/SIDA.⁴⁴

27] El **Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela** desarrolló el mismo análisis, y pidió a las autoridades nacionales que desarrollaran un plan preventivo y programas educativos para atender a personas que viven con el VIH/SIDA. El Tribunal fue más allá, llegando incluso a ordenar al Presidente que adecuara la cantidad asignada a los tratamientos de VIH/SIDA en el caso **Cruz del Valle Bermúdez y otros c. MSAS s/amparo**.⁴⁵

28] El derecho a la salud requiere acceder a mecanismos eficaces de **rendición de cuentas**, incluyendo medidas judiciales tanto a nivel nacional como internacional.⁴⁶ Las víctimas de violaciones del derecho a la salud “deberán tener derecho a una reparación adecuada, que podrá adoptar la forma de restitución, indemnización, satisfacción o garantías de que no se repetirán los hechos”.⁴⁷ Además de las medidas judiciales, los defensores del pueblo nacionales y las comisiones de derechos humanos también deberían ocuparse de las violaciones del derecho a la salud.⁴⁸

6. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS

29] El derecho a la salud impone la **obligación de respetar**, que implica la obligación inmediata y ejecutable de los Estados de abstenerse de injerir en el disfrute de los derechos

41. Ibid. párr. 43.

42. Ibid.

43. Azanca Alhelí Meza García, EXP. n° 2945-2003-AA/TC, Lima, Perú.

44. Op cit, párr. 24.

45. Expediente n° 15.789. Sentencia n° 196.

46. Ibid. párr. 59.

47. Ibid.

48. Ibid.

existentes, en este caso, el derecho a la salud.⁴⁹ Incluye evitar la imposición de prácticas discriminatorias, la limitación de acceso igualitario de todas las personas, la limitación de acceso a la salud sexual y reproductiva o a la educación e información sexual, la promoción de medicamentos no seguros, y la actuación contra unas condiciones ambientales seguras.⁵⁰ La suspensión de la legislación que defiende el disfrute del derecho a la salud o la promulgación de una ley que interfiera en el disfrute del derecho a la salud constituyen una violación de esta obligación.⁵¹

30] La **obligación de proteger** implica la obligación de evitar que terceros infrinjan el derecho a la salud. Con el fin de respetar esta obligación, los Estados deben garantizar la protección de la población ante cualquier práctica que vaya en detrimento de la salud. Deben asegurar el acceso igualitario a la asistencia médica y los servicios sanitarios, controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros y asegurar que los y las profesionales de la salud sigan los códigos éticos de conducta y cumplan con los estándares educativos adecuados. Los Estados son responsables de la protección de la población ante prácticas tradicionales nocivas que interfieran en el acceso a la atención anterior y posterior al parto y a la planificación familiar. Se hace mención especial a la mutilación de los órganos genitales femeninos. Los Estados deberían tomar medidas para asegurar una protección especial a las personas mayores, menores y mujeres, así como a los grupos vulnerables y marginados. La privatización de los servicios médicos no viola la obligación de proteger per se. Finalmente, la obligación de proteger también conlleva la obligación de evitar cualquier limitación al acceso a la información y los servicios relacionados con la salud.⁵²

31] El caso de la **Comunidad Yanomani v. Brasil**,⁵³ de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ocupa de la implementación de un plan para la explotación de los vastos recursos naturales de la región amazónica, que afectó al territorio de los Indios Yanomani. El plan obligó a la comunidad a abandonar su hábitat y buscar refugio en otros lugares, y la expuso a epidemias. La Comisión consideró que esta acción constituía una violación de la obligación de proteger y concluyó que había tenido lugar una violación del derecho a la preservación de la salud y al bienestar (Artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

32] En relación con la obligación de **cumplir**, los Estados deben dar los pasos necesarios para garantizar la realización del derecho a la salud. En este sentido,⁵⁴ de acuerdo con las Observaciones Generales n° 12 y 13 que concuerdan con la Observación General 14, la obligación de cumplir conlleva tres obligaciones: una obligación de **facilitar** relacionada con el deber de los Estados de adoptar medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a disfrutar de este derecho; una obligación de **hacer efectivo** en virtud de la cual el Estado garantizará que la población ejercerá su

49. Observación General n° 14, párr. 33.

50. Observación General n° 14, párr. 34-35.

51. Observación General n° 14, párr. 34 y 50.

52. Ibid., párr. 35 y 51.

53. Caso 615, Decisión del 5 de marzo de 1985, resolución 12/85, Informe Anual 1984-1985.

54. Ibid., párr. 36, 37 y 52.

derecho y proporcionará instalaciones con este propósito; y una obligación de **promover**.⁵⁵ El Comité ha indicado a este respecto que la promoción incluye: (i) fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro de resultados positivos en materia de salud, por ejemplo, la realización de investigaciones y el suministro de información; (ii) velar por que los servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista cultural y que el personal sanitario sea formado de manera que reconozca y responda a las necesidades concretas de los grupos vulnerables o marginados; (iii) velar por que el Estado cumpla sus obligaciones en lo referente a la difusión de información apropiada acerca de una forma de vivir y una alimentación sanas, así como acerca de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios; (iv) ayudar a las personas a adoptar decisiones relativas a su salud con conocimiento de causa.⁵⁶

33] En el caso *Viceconte, Mariela c. Estado Nacional*, el Tribunal Federal de Argentina consideró que había habido una violación del derecho a la salud y del deber estatal de cumplir en un caso relacionado con una epidemia de fiebre hemorrágica que amenazó y afectó a más de 3,5 millones de personas. El Tribunal sostuvo que el Ministro de Salud y Servicios Públicos no tomó medidas específicas y apropiadas y que el gobierno falló al no desarrollar una vacuna, dado que no se disponía ampliamente de la misma, lo que beneficiaba al sector privado. El Tribunal lo consideró una violación del derecho a la salud y dictaminó que el gobierno debía tomar más medidas activas para cumplir con dicho derecho.⁵⁷

7. LA PROTECCIÓN ESPECÍFICA DE GRUPOS MARGINADOS Y VULNERABLES

a. Infancia y juventud

34] La infancia y la juventud están particularmente protegidas por el derecho a la salud, que exige medidas especiales por parte del Estado para lograr que el principio del interés superior del niño o niña sea haga realidad y para evitar la mortalidad infantil y juvenil. El Comité de los Derechos del Niño ha indicado, por ejemplo, que los y las adolescentes corren especiales riesgos de salud física y mental, entre los que se cuentan la violencia, el consumo de drogas y el abuso de alcohol y las infecciones de transmisión sexual (ITS). Es especialmente alarmante el incremento del número de embarazos juveniles y de madres jóvenes y ambos son más comunes en el caso de las adolescentes que viven en situación de pobreza y en zonas rurales.⁵⁸

35] El Comité recomienda que los Estados Partes presten especial atención a la salud en la adolescencia, teniendo en

cuenta la Observación General n° 4 de 2003 del Comité sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta protección ha de ser aún más estricta cuando se trate de menores o jóvenes de minorías étnicas o con discapacidad, dado que estos grupos afrontan varias formas de discriminación. Es por tanto indispensable analizar la relación entre el derecho a la salud y los componentes necesarios para garantizar una vida con buena salud, tales como una alimentación adecuada, vestido, vivienda apropiada, agua potable y saneamiento, un ambiente limpio, así como las iniciativas pertinentes a nivel educativo e informativo para el disfrute efectivo del derecho.

36] Por ejemplo, el Tribunal Civil de la Provincia de Neuquén de Argentina estudió el caso de los y las menores de la comunidad de Paynemil que se envenenaron con agua contaminada en el caso *Menores Comunidad Paynemil*. El Tribunal Civil aceptó la petición de la parte demandante y consideró que el Poder Ejecutivo Provincial falló en el cumplimiento de su obligación de proteger a la población dado que no tomó medidas financieras ni implementó política concreta alguna para parar la violación. Como resultado de todo ello, el Tribunal ordenó que se instituyera el tratamiento necesario para suministrar 250 litros de agua potable por habitante y que se tomaran todas las medidas necesarias para preservar el medio ambiente.⁵⁹

37] La importancia de proteger el derecho a la salud de los y las menores se subrayó nuevamente en el histórico caso del *Ministro de Salud v. la Campaña de Acción por el Tratamiento* presentado por la ONG Campaña de Acción por el Tratamiento (**caso TAC** por sus siglas en inglés)⁶⁰ ante el Alto Tribunal de Sudáfrica. El Tribunal estudió el carácter razonable de la política gubernamental sudafricana de impedir la pandemia del SIDA mediante la prevención de la transmisión materno-infantil (TMI) a través de la lactancia materna. El programa concebido por el gobierno sudafricano trataba la TMI utilizando un medicamento llamado Nevirapina. Sin embargo, la disponibilidad y el acceso a este medicamento estaba restringido a sólo dos establecimientos médicos en cada provincia, denominados Centros Piloto, que sólo atendían al 10% de la población. Como resultado de esta política, sólo tenían autorización para prescribir este medicamento las clínicas privadas que trabajaban como centros de investigación y formación, y no así los hospitales públicos. El Gobierno argumentó que su administración de la Nevirapina era razonable, explicando que las restricciones presupuestarias afectaban a la ampliación de la disponibilidad de este medicamento a todos los centros médicos, y declaró además que la carencia de agua limpia en zonas rurales podía hacer que la Nevirapina resultara inútil. El gobierno también expuso diversos argumentos relacionados con ciertas reservas frente a la eficacia y la seguridad de la Nevirapina.

38] El Tribunal rechazó estos razonamientos e indicó que la medicación salvaría muchas vidas entre la población sudafricana. El Tribunal estableció además que estas políticas no eran razonables dado que las restricciones sobre la Nevirapina eran

55. Véase el párr. 33, Observación General n°14.

56. Véase el párr. 37, Observación General n°14.

57. Ministerio de Salud y Ministerio de Economía de la Nación s/ Acción de Amparo, Causa n° 31.777/96 (1998).

58. Véase, por ejemplo, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observaciones Finales: Ecuador, CRC/C/15/Ad.262.

59. S/acción de amparo, Argentina 19 de mayo de 1997. Véase también *Mariela Viceconte* op. cit. 52.

60. *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*, 2002 (5), SA 721 (TC).

demasiado rígidas y limitaban el acceso de madres e hijos/as a la medicación. El Tribunal subrayó que el derecho a la salud incluye también el cuidado familiar y que es obligación del Estado ayudar a los padres y madres a lograr el acceso a la asistencia sanitaria cuando ellos no pueden permitírselo. Afirmando que la defensa en justicia de los derechos ESC mejora la vida de las personas pobres y los segmentos más desfavorecidos de la sociedad y enfatizando la tipología tripartita de las obligaciones del Estado y la progresiva realización de los derechos ESC, el Tribunal ordenó que se dispusiera de Nevirapina en todos los centros y estableció además que las restricciones presupuestarias no podían ser excusa para ningún gobierno, y falló que las medidas previas era por tanto irrazonables.

b. Las personas con discapacidad

39] La discapacidad tiene una relación especialmente perniciosa con la pobreza, dado que un pobre acceso a la asistencia sanitaria puede llevar a ella o exacerbarla con rapidez. Conforme a lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo adoptado en 2006, los Estados están especialmente obligados a dar todos los pasos necesarios para garantizar la igualdad, diseñar políticas inclusivas para facilitar su integración en la sociedad, y para garantizar su participación efectiva en todos los niveles de vida. La Convención establece dónde son necesarias adaptaciones con fin de permitirles el ejercicio efectivo de sus derechos.

40] El Tribunal Supremo de Canadá estudió la asistencia médica de la provincia de la Columbia Británica basándose en el principio de igualdad en el caso *Eldridge v. la Columbia Británica*.⁶¹ El sistema de asistencia sanitaria opera a través de dos mecanismos primarios: la Ley de Seguro Hospitalario y la Ley de Atención Médica. Sin embargo, ninguno de estos programas paga la interpretación del lenguaje de signos para personas sordas. La parte recurrente padecía sordera de nacimiento y prefería el lenguaje de signos como medio de comunicación. Por esta razón, argumentaba que la ausencia de intérpretes afectaba a su capacidad de comunicación con sus doctores y demás profesionales sanitarios, lo que aumentaba el riesgo de error en el diagnóstico y de que los tratamientos no fueran eficaces. El Tribunal Supremo determinó que el gobierno provincial había errado al no proporcionar intérpretes de lenguaje de signos como parte del sistema sanitario de financiación pública y argumento que los efectos de esta discriminación era especialmente relevantes en casos de discapacidad. El Tribunal concluyó que el sistema sanitario era discriminatorio dado que infringía el derecho a recibir igual beneficio sin discriminación ante la ley y evitaba que los miembros más vulnerables de la sociedad pudieran disfrutar de las ventajas de la asistencia sanitaria.

41] En un caso brasileño relativo a un hombre joven que padecía una enfermedad mental y recibió un trato inhumano por parte del personal médico, la Corte Interamericana estableció que existían obligaciones especiales para el cuidado y la protección de las personas con discapacidad (*Damião Ximenes Lopez v. Brasil*).⁶²

42] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó una sentencia en un caso similar, *Storck v. Alemania*. "Respecto de las personas con necesidad de tratamiento psiquiátrico en particular, este Tribunal observa que el Estado está obligado a garantizar a su ciudadanía el derecho a la integridad física conforme al Artículo 8 de la Convención. Con este fin, hay hospitales estatales que coexisten con hospitales privados. El Estado no puede eximirse de toda responsabilidad delegando en organismos privados o individuos las obligaciones que tiene en este ámbito. [...] Este Tribunal considera asimismo que el Estado tenía en este caso la obligación de supervisar y controlar las instituciones psiquiátricas privadas. Estas instituciones [...] no sólo requieren una licencia, sino que es necesaria una supervisión competente regular para verificar si el confinamiento y tratamiento médico administrados están justificados".⁶³

43] En otro caso, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos examinó el marco legislativo de salud mental (Leyes Sanitarias) en Gambia en el caso *Purohit y Moore v. Gambia*, relacionado con personas internadas en un hospital psiquiátrico. La parte demandante alegó que no había dado su consentimiento para el tratamiento y que las condiciones del hospital no eran óptimas. Además, no se les permitía votar. Los hechos también mostraron que las personas retenidas en el hospital psiquiátrico habían sido recogidas en la calle y que solían ser personas pobres; además, los países africanos normalmente se enfrentan a un problema de pobreza que les incapacita para proporcionar las instalaciones, infraestructuras y recursos que faciliten el pleno disfrute de este derecho.⁶⁴ La Comisión concluyó que, en base a los principios de no discriminación y de protección igualitaria, el Estado debería suministrar medicamentos, material adecuado y asistencia médica a aquellas personas que padecen problemas de salud mental, incluso en casos de escasez de recursos, y pidió que se revisaran los casos de todas las personas retenidas conforme a las Leyes Sanitarias.⁶⁵

c. Las personas con VIH-SIDA

44] En general, las personas con VIH-SIDA están protegidas por los tribunales, que las considera un grupo con derecho a una protección especial. Sin embargo, existen consideraciones especiales en relación con el acceso y disponibilidad de la medicación, las medidas no discriminatorias para las personas que padecen este virus, y las consideraciones financieras relativas al coste de los medicamentos y tratamientos para atender a las personas que viven con el VIH-SIDA.

45] En el caso de *Azanca Alheli Meza Garcia*,⁶⁶ relativo a un recurso de *amparo* presentado con el fin de solicitar la prestación de un tratamiento completo de VIH-SIDA, el Tribunal Constitucional de Perú subrayó la importancia del contenido de los derechos sociales en la protección eficaz de los derechos civiles y políticos. El Tribunal destacó la conexión intrínseca del derecho a la salud con el derecho a la vida, especialmente en el caso de las personas con VIH-SIDA. Añadió

63. Demanda n° 61603/00, sentencia del 16 de junio de 2005, pág. 103.

64. Véase el caso *Eldridge*, párr. 84.

65. Comunicación n°241/2001, 16° Informe de Actividad 2002 2003, Anexo VII, 2003.

66. Expediente n° 2945-2003-AA/TC.

61. (Fiscal General), 1997 SCR 624.

62. *Damião Ximenes Lopes v. Brasil*, Caso 12.237, Informe N° 38/02, CIDH, Doc. 5 rev. 1 a 174 (2002).

que el Estado debería cumplir con sus obligaciones en un plazo razonable como condición indispensable para la realización progresiva del derecho a la salud y la implementación de las políticas públicas, independientemente de los recursos financieros disponibles. El Tribunal aclaró que los recursos financieros son medios para proporcionar servicios y cumplir objetivos (inversión social) y no un fin en sí mismos (gasto).⁶⁷ Como resultado de esta decisión, el Tribunal solicitó al Ministro de Salud que proporcionara medicación a la parte demandante y que avanzara en la implementación del Artículo 8 de la Ley n° 28243 de 2004, que se centra en la necesidad de dar prioridad a los recursos presupuestarios para personas con VIH-SIDA y que viven en situación de extrema pobreza.⁶⁸

46] En el caso *Cruz del Valle Bermúdez y otros c. el MSAS/s/amparo*, el Tribunal Constitucional de Venezuela determinó que la negativa a suministrar medicamentos necesarios para tratar el virus VIH-SIDA constituía una violación del derecho a la salud. El Tribunal Constitucional venezolano requirió la implementación de un Programa Nacional de Salud para la prevención junto con políticas educativas complementarias. El Tribunal ordenó la modificación del presupuesto para proporcionar más recursos disponibles y realizar un estudio para aclarar las necesidades mínimas de la población que padece VIH-SIDA con el fin de desarrollar un programa holístico de prevención. Posteriormente, en un caso de 2001, el Tribunal Constitucional venezolano ordenó al gobierno que garantizara el suministro regular de medicamentos a personas con VIH-SIDA y vinculó el derecho a la salud al derecho a beneficiarse del progreso científico y médico; basándose en la necesidad de aumentar los beneficios del progreso científico y la medicación, el Tribunal amplió los efectos de su decisión a todas aquellas personas que padecen este virus y que solicitan al Sistema de la Seguridad Social (Instituto Venezolano de Seguridad Social – IVSS) que cubra el coste de su tratamiento y exámenes médicos.⁷⁰

47] En el *Caso Jorge Odir Miranda Cortéz de 2001*, La Comisión Interamericana consideró el derecho a la salud como parte del Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo al Desarrollo Progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales,⁷¹ y requirió la adopción de medidas preventivas para grupos de personas que viven con el VIH-SIDA en base al “derecho a la integridad personal” (Artículos 1 de la Declaración Americana y 5.1 y 5.2. de la Convención Americana). Afirmando que los derechos ESC incluyen no sólo obligaciones negativas sino también positivas, la Comisión Interamericana declaró que los Estados debían cumplir con su obligación de proteger a las personas con VIH-SIDA, que están en posición de vulnerabilidad, y consideró que habían sido sometidas a un tratamiento cruel, inhumano y degradante. La Comisión añadió también que el com-

portamiento de las autoridades sanitarias fue especialmente discriminatorio dado que la parte demandante sufrió prácticas discriminatorias, consistentes en el uso de bolsas rojas especiales para la lavandería, tazas especiales marcadas con XXX y otras prácticas similares que tuvieron como resultado la estigmatización de los pacientes enfermos de VIH-SIDA. Consecuentemente, la Comisión solicitó al Estado de El Salvador que elaborara una ley marco sobre el VIH-SIDA incorporando la obligación estatal de suministrar medicación antirretroviral, y ordenó la modificación de todas las prácticas sanitarias (médicas y de enfermería) con el fin de evitar comportamientos discriminatorios.

d. Las personas mayores

48] Las personas mayores tendrán derecho a protección, promoción y apoyo en diversas áreas de protección y atención, entre las que se cuentan los servicios médicos y sanitarios. Los Estados proporcionarán programas y estrategias a largo plazo para apoyar la asistencia informal en la esfera privada, un sistema basado en la comunidad y unas instituciones especializadas. Los servicios de asistencia deberían estar adaptados para las personas mayores.

49] Los pasados días 28-30 de septiembre de 2011, se celebró en Dublín, Irlanda, la Primera Conferencia Internacional de Ciudades Amigables con las Personas Mayores, con el fin de reforzar la Red Mundial de Ciudades Amigables con las Personas Mayores de la OMS y de presentar consideraciones y enfoques acerca de cómo hacer que las ciudades sean amigables con las personas mayores. Reunió a un amplio grupo de líderes y directivos de alto nivel enviados por los miembros ya existentes de la Red Mundial, funcionarios de alto nivel de autoridades municipales, directores y directoras ejecutivas interesadas o que ya están liderando iniciativas de ciudades amigables con las personas mayores, organizaciones de la sociedad civil y profesionales de alto nivel provenientes de áreas tales como la académica, el transporte, la planificación urbana, la asistencia sanitaria, la vivienda y la investigación de los sectores público, privado y del voluntariado.

e. Las personas migrantes

50] Las personas migrantes son víctimas habituales de un amplio abanico de limitaciones de sus derechos económicos, sociales y culturales, especialmente en relación con la seguridad social y la asistencia sanitaria, debido a su situación precaria y falta de documentación. A pesar de estas restricciones, los tribunales han avanzado en la protección de la infancia, las mujeres y los y las trabajadoras migrantes, superando los obstáculos a su protección y aplicando los principios de no discriminación y protección igualitaria.

51] El Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa reconoció en la resolución del caso de la *Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos (FIDH) v. Francia* el derecho de las personas migrantes al acceso a la asistencia médica, estableciendo que la legislación y las prácticas que nieguen el derecho a la asistencia médica de las personas de nacionalidad extranjera dentro del territorio de un Estado

67. *Ibid.*, párr. 35 y 44.

68. *Ibid.* párr. 48.

69. S/amparo, Expediente n° 15.789 Sentencia n° 196.

70. *Caso López Glenda y otros v. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) s/acción de amparo*, Expediente 00-1343, Sentencia n° 487.

71. El Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

Parte, incluso si están en situación ilegal, son contrarias a la Carta.⁷² A consecuencia de ello, Francia cambió su política publicando la CIRCULAR DHOS/DSS/DGAS de 2005 e incluyendo el tratamiento de todos los y las menores residentes en Francia que no sean beneficiarios efectivos conforme al régimen de asistencia médica del Estado.

52] En el caso de personas trabajadoras migrantes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos protegió a una mujer indocumentada, empleada doméstica, en la resolución del caso *Siliadin v. Francia*.⁷³ El Tribunal consideró que había sido objeto de esclavitud doméstica dado que le retuvieron la documentación y se le exigió trabajar siete días por semana sin remuneración. Aunque el caso no se pronunció sobre el derecho a la salud de las personas trabajadoras migrantes, la resolución revela la necesidad de respetar a estas personas en la legislación y de incluir su acceso a un seguro médico y a la asistencia sanitaria.⁷⁴ En otro caso, el Tribunal Europeo consideró que la retirada abrupta de un tratamiento médico debido a la deportación de un migrante a otro país lo expuso a al riesgo de circunstancias angustiosas, comparable al trato inhumano.⁷⁵ Finalmente, el Tribunal Constitucional de España ha establecido que todas las personas migrantes tiene derecho a registrarse como requisito para acceder a los servicios de atención sanitaria, y que toda persona migrante indocumentada debería tener acceso a todos los derechos ESC.⁷⁶

f. Las personas desplazadas

53] Los Art. 18 y 19 de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos (GPID) afirman que las autoridades competentes deberían proporcionar el acceso a alimentos indispensables y agua potable, cobijo y alojamiento básicos, vestido adecuado y servicios médicos y de saneamiento indispensables, así como el acceso a servicios psicológicos, prestando especial atención a las mujeres, y a la prevención de enfermedades, incluido el VIH-SIDA.

72. Véase el caso *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France*, Complaint n° 14/2003, 3 de noviembre de 2004, párr. 32.

73. 26 de julio de 2005, Demanda N° 73316/01.

74. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2005), Caso *Siliadin v. Francia*, Demanda n° 73316/2001, sentencia del 26 de julio de 2005, pág. 71

75. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *D. v. Reino Unido*, Sentencia del 2 de mayo de 1997, 24 EEHR 423, párr. 53-54. Véase también el Comité de Derechos Humanos (CDH), *C. v. Australia*, CCPR/C/76/D/990/1999, 28 de octubre de 2002, párr. 6. Véase también la CDN (2009 y 2004), *Observaciones Finales: Francia*, CRC/C/FRA/CO/4, 11 de junio de 2009, § 30; CRC/C/15/Add.240, 30 de junio de 2004, § 18.

76. Tribunal Constitucional, España, Sentencia 236/2007, 7 de noviembre de 2007.

54] Al afirmar que el desplazamiento interno es causa de múltiples violaciones de los derechos humanos y que el desplazamiento causa “*vulnerabilidad extrema*”, el Tribunal Constitucional de Colombia consideró en su resolución **SU-1150 de 2000**, que la partida destinada a las personas desplazadas era más crítica que otros gastos públicos.⁷⁷ El Tribunal también protegió el derecho a la salud de las personas indígenas forzadas a abandonar sus tierras debido a desplazamientos internos.⁷⁸ En su fallo T-1134 de 2008, el Tribunal estableció que las personas desplazadas deberían recibir una ayuda mínima de subsistencia, consistente en alimento, agua potable segura, vivienda, vestido y acceso a servicios sanitarios y saneamiento.

8. ESTRATEGIAS DE DEFENSA EN JUSTICIA

55]

- Apoyar el derecho a la salud como un derecho de justicia en sí mismo, independientemente de su relación con el derecho a la vida.
- Establecer un plan nacional con protección sanitaria para grupos especiales de la población, incluyendo subsidios para personas que padecen VIH-SIDA, para personas desplazadas internamente y para las comunidades indígenas.
- Seguir políticas inclusivas, que pongan especial énfasis en las personas vulnerables, integren un enfoque holístico de la salud e incluyan medidas preventivas y curativas como el acceso a la atención sanitaria, a la medicación y al apoyo psicológico.
- Hacer un seguimiento de la implementación de medidas sanitarias especiales.
- Apoyar la creación de medidas “adaptadas” en relación con la atención sanitaria de las personas con discapacidad.
- Apoyar la creación de mecanismos para gestionar los desplazamientos.
- Promover la educación para la salud y la implicación de la comunidad en medidas y mecanismos sanitarios especiales traten el desplazamiento, las mujeres y las comunidades indígenas.
- Apoyar la formación clínica de los profesionales de la salud

77. Véanse las Resoluciones de la Corte Constitucional de Colombia T-268 de 2003, T-025 de 2004 y T 1135 de 2008 entre otros.

78. Resolución T-1105 de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia.

EJERCICIOS

- 1) ¿Debería proporcionarse atención sanitaria a todas las personas? En caso afirmativo, ¿en qué condiciones? Por favor, justifique su respuesta.
- 2) Por favor, analice y compare el razonamiento de los casos *Soobramoney v. el Ministro de Salud KwaZulu Natal* y el *Ministro de Salud v. la Campaña de Acción por el Tratamiento* (caso TAC) en relación con el derecho a la salud y especialmente, el derecho de todas las personas a recibir tratamiento médico de emergencia.
- 3) ¿Cuál es, en su opinión, la relación entre la **ética médica** y los **derechos humanos**? Por favor, explique su respuesta.

El derecho al agua potable y saneamiento seguros

	– 87 –
1. Evolución del derecho al agua potable y saneamiento seguros	
	– 88 –
2. Contenido normativo	
	– 91 –
3. Obligaciones de los Estados	
	– 93 –
4. Deberes de protección igualitaria, no discriminación y atención especial a grupos vulnerables y marginados	
	– 94 –
5. Límites al derecho al agua potable y saneamiento seguros	
	– 95 –
6. Estrategias de defensa en justicia	

EL DERECHO AL AGUA POTABLE Y EL SANEAMIENTO SEGUROS



© Axiynet-Pakistan

En julio de 2010, la Asamblea General de la ONU reconoció oficialmente el derecho al agua y el saneamiento como un derecho humano (GA/10967). Esta decisión se tomó tras el 3º Foro Mundial del Agua celebrado en Kioto en 2003, en el cual se declaró que el derecho al agua era un derecho esencial. Además, ha sido el resultado de muchos desarrollos importantes, tales como la Observación General nº 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), diversas resoluciones del Consejo de Derecho Humanos (CDH), declaraciones de diversos foros internacionales, avances legales y judiciales en varios países, así como el nombramiento y el trabajo de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento. El OMD 7, “garantizar la sostenibilidad del medio ambiente”, integra el agua y el saneamiento como objetivo principal y su Meta 10 busca reducir a la mitad el número de personas sin acceso sostenible al agua potable y a servicios básicos de saneamiento. Pero a pesar de este reconocimiento legal, se estima que 884 millones de personas, la mayoría de ellas en África, aún no tienen acceso a agua potable. Más de 2.500 millones de personas viven sin servicios básicos de saneamiento y unos 1.500 millones de niños y niñas menores de 5 años mueren cada año por enfermedades transmitidas por el agua. La degradación de la calidad del agua de ríos, arroyos, lagos y sistemas de agua subterránea tiene un impacto directo en los ecosistemas y la salud humana. En su calidad de organismo rector de las Naciones Unidas para la ciencia y la educación relativas al agua, la UNESCO está implementando toda una gama de programas con miras a ampliar estas competencias. El Programa Hidrológico Internacional de la UNESCO (PHI) participa activamente en el fomento de la ciencia y el conocimiento para proteger la calidad de las aguas superficiales y los sistemas freáticos. Asimismo, la UNESCO contribuye activamente a la vigilancia del estado de los recursos de agua dulce del planeta y promueve la creación de capacidades con miras a una mejor ordenación de los recursos hídricos mediante los centros y las cátedras sobre el agua que auspicia en diversas partes del mundo.

1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO AL AGUA POTABLE Y EL SANEAMIENTO

1] Enfrentada con grandes crisis humanas y ambientales, la comunidad internacional ha dado pasos para reconocer el derecho humano al agua y el saneamiento y para aclarar su contenido normativo. De hecho, este derecho está referenciado –tanto implícita como explícitamente– en una serie de tratados y declaraciones internacionales y regionales.¹ En julio de 2010, la Asamblea General de la ONU reconoció oficialmente

el derecho al agua y el saneamiento como un derecho humano (GA/64/292) y declaró que el derecho al agua y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. El 30 de septiembre de 2010, el Consejo de Derechos Humanos adoptó la Resolución A/HRC/RES/15/9 en la cual se afirma que el derecho humano al agua potable y el saneamiento se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado consagrado en el Art. 11 del PIDESC.

2] La falta de acceso al agua se ha identificado como uno de los obstáculos claves para mejorar el bienestar de las personas, para promover la educación y erradicar la pobreza. Para implementar el derecho universal al agua y el saneamiento, son necesarias soluciones adaptadas localmente y se requiere el intercambio y el diálogo entre partes implicadas y profesio-

1. Para información adicional sobre la evolución del derecho al agua, véase, por ejemplo: *Resultado de la Reunión de Expertos Internacionales sobre el Derecho Humano al Agua*. UNESCO, UNESCO Etxea, 2009, pág. 2-4.

nales a todos los niveles, que a menudo provienen de orígenes culturales diversos y de diferentes países.

3] Promover la cooperación para evitar y resolver conflictos es, por tanto, una tarea primordial en la gobernanza del agua, y debe incluir un diálogo intercultural sobre las cuestiones relacionadas con ella. Como organismo rector de las Naciones Unidas para la ciencia (incluidas las ciencias relativas al agua), la cultura, las ciencias humanas, la comunicación y la educación, la UNESCO representa un recurso científico para los Estados Miembros, en el cual pueden confiar para abordar los retos sociales y técnicos que surgen en cada situación, y para lograr progresar en la consecución de las metas de los OMD relativas al agua.

4] Las desigualdades en el acceso a los recursos hídricos son un problema histórico. Hoy en día, millones de personas sufren todavía una distribución desigual. La pobreza, la división del poder, la privatización y la exclusión se encuentran entre las causas del problema y de la actual crisis del agua y el saneamiento. Además, el agua está intrínsecamente relacionada con la salud ambiental y los ecosistemas, lo que refuerza aún más la urgente necesidad de protegerla.

5] Esta crisis afectará dramáticamente a la consecución de todos los ODM para 2015 – no sólo del OMD 7, que busca *“Garantizar la Sostenibilidad del Medio Ambiente y reducir a la mitad, para el año 2015, el porcentaje de personas que carecen de acceso sostenible a agua potable y a servicios básicos de saneamiento”*, sino de todos los OMD que están inevitablemente relacionados con él.

6] El derecho al agua y el saneamiento está mencionado implícitamente en el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Los artículos 11 y 12 especifican una serie de derechos que son indispensables para la realización del derecho a un nivel de vida adecuado *“incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”*. El texto de estos dos artículos del Pacto indica que esta enumeración de derechos no pretende ser exhaustiva. Dado que el derecho al agua y el saneamiento es una condición previa para garantizar un nivel de vida adecuado, estos artículos consagran implícitamente el derecho al agua.²

7] El Comité ha mencionado previamente el derecho humano al agua en relación con otros derechos humanos en la Observación General nº 6 (párrafos 5 y 32) y en la Observación General nº 14 sobre el derecho a la salud, indicando que *“el derecho a la salud es un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada”*. A pesar de estos reconocimientos, los Estados eran reacios y evitaban aplicar una estrategia de derechos humanos basada en el agua y el saneamiento.

8] Tras el reconocimiento de este derecho en marzo de 2008, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU decidió nombrar,

mediante la resolución 7/22, un Experto Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento. En septiembre de 2008 se aprobó el mandato y se nombró una Experta Independiente. El mandato se renovó como Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento (HRC res 16/2). Esta renovación del mandato confirma la voluntad de clarificar el contenido y avanzar hacia una implementación del derecho humano al agua potable y el saneamiento.

2. CONTENIDO NORMATIVO

9] Es la Observación General nº15 sobre el derecho al agua la que clarifica el alcance de este derecho, vinculándolo con un nivel de vida adecuado y con el derecho a la salud. La Observación General nº 15 declara que: *“El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”* y añade que *“el derecho al agua entraña tanto libertades como derechos”*. Las libertades comprenden el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua no contaminada, el derecho a no sufrir cortes arbitrarios del suministro y a la no discriminación en dicho acceso. En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua y al saneamiento, así como la participación en los procesos de toma de decisiones que estén relacionados.

10] Además, las Directrices para la realización del derecho al agua potable y el saneamiento, adoptadas en 2005 por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU (en lo sucesivo, Directrices de la Subcomisión),³ clarifican las características del **saneamiento**, que incluyen por lo menos una letrina. El saneamiento implica la existencia de instalaciones y comportamientos adecuados. Reduce la exposición a las enfermedades proporcionando un ambiente limpio en el que las personas pueden disfrutar de un nivel de vida adecuado en un entorno higiénico. El saneamiento también aumenta la seguridad y la privacidad entre hombres y mujeres y tiene un papel especial en las instituciones educativas: el saneamiento separado de los niños y las niñas en la escuela garantiza un ambiente de aprendizaje más seguro y saludable.

11] Pero hoy en día se reconoce el saneamiento como un derecho separado. De hecho, siguiendo las Directrices de la Subcomisión, la Experta Independiente eligió centrarse en las obligaciones de los derechos humanos relacionadas con el saneamiento. Presentó un informe ante el Consejo de Derechos Humanos en septiembre de 2009. En noviembre de 2010, el CESCR emitió una declaración sobre el derecho al saneamiento⁴ que explica más detalladamente la naturaleza

2. Esta interpretación ha sido desarrollada por el CESCR en su Observación General nº 15.

3. Documento de la ONU E/CN.4/Sub.2/2005/25.

4. Disponible en: www.ohchr.org/EN/Issues/WaterAndSanitation/SRWater/Pages/Sanitation.aspx

de este derecho. El saneamiento se define como “un sistema para la recogida, transporte, tratamiento y eliminación o reutilización de excrementos humanos y las medidas de higiene asociadas”. Los Estados deben garantizar que todas las personas, sin discriminación alguna, tengan acceso físico y asequible en todos los ámbitos de su vida a unos servicios de saneamiento seguros, higiénicos y aceptables social y culturalmente que les proporcionen privacidad y les garanticen dignidad. El Comité considera que el derecho al saneamiento requiere un reconocimiento total por parte de los Estados Partes, en cumplimiento de los principios de derechos humanos relativos a la no discriminación, la igualdad de género, la participación y la rendición de cuentas.

12] De acuerdo con la Observación General y las Directrices de la Subcomisión, el respeto a la dignidad humana implica también un suministro de agua **adecuado y sostenible**. La idoneidad del agua debería interpretarse de forma amplia y el grado de idoneidad que se establezca deberá tener en cuenta las condiciones y necesidades de las poblaciones, incluidos los elementos religiosos, sociales y culturales, además de los económicos. Asimismo, la sostenibilidad requiere que se preserve el acceso al agua para las futuras generaciones en la medida de lo posible.

13] Además, la **idoneidad** hace referencia a las siguientes condiciones previas relacionadas con el derecho al agua y el saneamiento: **Disponibilidad:** hace referencia a un suministro suficiente y continuo de agua potable y saneamiento para uso personal y doméstico (bebida, preparación de alimentos, limpieza y saneamiento). ¿Pero cómo definir cuál es la cantidad suficiente de agua que se debe suministrar? La Observación General nº 15 no define una cantidad específica de agua, pero refrenda las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS), indicando que algunos individuos o grupos pueden requerir mayor cantidad debido a sus condiciones de salud, clima o trabajo.

14] El documento de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, *Climate Change and Human Rights for Water and Sanitation*, clarifica el **significado de la disponibilidad:** *El indicador de escasez de agua más utilizado es una disponibilidad de agua menor de 1.000 metros cúbicos por habitante y año. Dicho indicador se utiliza como umbral bajo el cual se asume que no puede cubrirse la demanda social de agua. Sin embargo, se calcula que el agua para uso doméstico es sólo una pequeña parte del agua utilizada en total, menos del 10% del promedio mundial, dado que la agricultura y la industria la utilizan en mucha mayor cantidad (70% y 20% del promedio mundial respectivamente). Si se asume que se necesita la cantidad de 100 litros por persona y día para cubrir el derecho al agua, resulta la cantidad de 36.500 litros o 36,5 metros cúbicos por persona y por año. Esto es sólo una fracción del agua disponible incluso en las regiones más áridas. A este respecto, el IPCC subraya que el acceso al agua potable depende más del nivel de infraestructuras técnicas que del coeficiente de escorrentía.*

15] La **accesibilidad** del agua y el saneamiento implica que deben ser accesibles en diversos lugares, dentro o en la proximidad de cada vivienda, institución educativa, lugar de trabajo y allí donde sea necesario para proteger la dignidad

humana y la salud pública. La accesibilidad incluye los siguientes aspectos:

- **Accesibilidad física:** el agua potable y el saneamiento deben estar al alcance físico de todos los grupos de población. Debido a su papel a la hora de gestionar los recursos hídricos dentro de las comunidades, la accesibilidad del agua tiene un significado especial para las mujeres, que a menudo se ven obligadas a caminar kilómetros para acceder a las fuentes de agua potable. Según la OMS, con el fin de tener acceso a un mínimo de 20 litros diarios, la fuente de agua debería estar a una distancia de entre 100 y 1000 metros o entre 5 y 30 minutos de tiempo total de recogida.⁵
- **Accesibilidad económica:** todas las personas deberían tener acceso al agua potable y al saneamiento sin depender de su capacidad de pago. Sin embargo, asequible no significa gratuito, excepto en aquellas situaciones en las que las personas beneficiarias no sean capaces de pagar por ello.
- **No discriminación:** La cláusula de no discriminación en relación con el agua y el saneamiento requiere que se garantice el acceso al agua para todos y todas, sin distinción de ninguna clase. Debería prestarse especial atención a las personas pobres y marginadas que viven en zonas rurales en las que el saneamiento se descuida a menudo y el agua no es suficiente o es de dudosa calidad. Por este motivo, deberían llevarse a cabo acciones positivas que garanticen el acceso al agua potable y al saneamiento para todos los seres humanos. E
- **Información:** el acceso a la información empodera la participación en la administración y el disfrute de los recursos hídricos.

16] La **calidad** del agua se refiere al hecho de que el agua debería ser limpia, insípida, inodora e incolora, sin polución y no contener microbios, parásitos ni sustancias químicas y radiológicas.

17] El caso de la India *Attakoya Thangal v. la Unión de la India W.P.*⁶ describe cómo el agua limpia está relacionada con las cuestiones ambientales y el derecho a la vida. La parte demandante argumentaba que un sistema de bombeo de aguas subterráneas para suministrar agua potable a las islas coralinas de Lakshadweep en el Mar Árabe afectaría al equilibrio del agua dulce, causando salinidad en los recursos hídricos disponibles y generando más daños a largo plazo que beneficios a corto plazo. El Tribunal Superior de Kerala, reconociendo la importancia fundamental del derecho al agua, solicitó que la Junta Central de Aguas Subterráneas investigara la reclamación, controlara el proceso y emitiera un informe. El Tribunal reconoció el derecho de las personas al agua limpia, así como el derecho a la vida consagrado en el Artículo 21, observando que: “el derecho a la vida es mucho más que el derecho a la mera existencia animal, y que sus atributos son múltiples, como la vida misma. (...) El derecho al agua dulce y el derecho al aire limpio son atributos del derecho a la vida, dado que son elementos básicos que sostienen la vida misma.”⁷

5. Véase el “Cuadro resumen de los requisitos del nivel del servicio de agua para promover la salud” en Guy Howard y Jamie Bartram, La Cantidad de Agua Domiciliaria: el Nivel de Servicio y la Salud, disponible en: www.who.int/water_sanitation_health/diseases/wsh0302/es/index.html

6. 1990 KLT 550.

7. Véase también la jurisprudencia de la India sobre el derecho al agua relacionado con el derecho a la vida: En el *Caso M.C. Mehta v. la Unión de la India y Otros* (1988), *Virendra Gaur y otros v el Estado de Haryana* (1995) y la *Vellore Citizens Welfare Reform v. la Unión de la India*.

18] El agua y el saneamiento deberían ser **asequibles**, lo que significa que los costes directos e indirectos y los cargos asociados a la potabilización de agua deberían ser asequibles para todas las personas beneficiarias sin causarles una disminución sustancial de su capacidad para permitirse bienes básicos. Las personas no tienen derecho al agua y a los servicios de saneamiento de forma gratuita, antes bien, se espera de ellos que contribuyan financieramente a su suministro, dentro de lo razonable. Todo pago por los servicios hídricos ha de estar basado en el principio de equidad. El Comité ha clarificado el contenido de la asequibilidad del agua y el saneamiento y su relación con la obligación de cumplir. Este punto se explicará en el apartado concerniente a la obligación de cumplir.

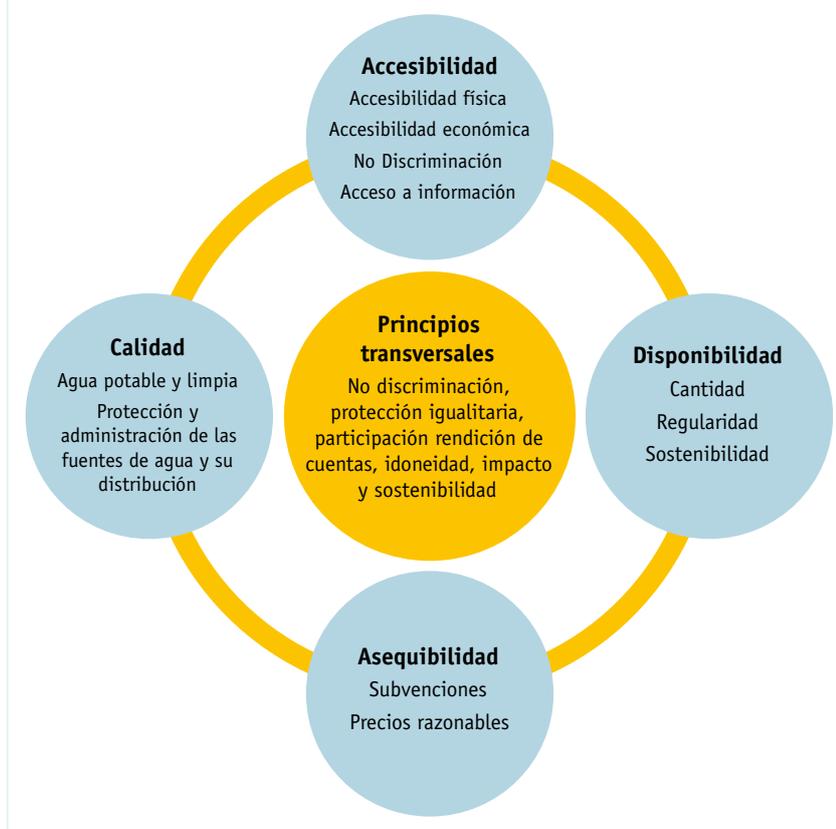
19] El agua debería estar sujeta a la **rendición de cuentas**: Cualquier persona a la que se haya negado el acceso al agua y el saneamiento debería tener acceso a la justicia y a recursos legales eficaces para poderlo reclamar con facilidad. Esto incluye el acceso a mecanismos judiciales y no judiciales.

20] A pesar de este marco, surgen dificultades a la hora de determinar la cantidad de agua suficiente para disfrutar de una vida digna. Por ejemplo, el *Informe sobre Desarrollo Humano 2006* establece que 20 litros por persona y día constituyen una cantidad suficiente de agua. Además, las Directrices de la OMS cuantifican el acceso básico al agua indicando que 20 litros por día conllevan un alto riesgo para la salud, que a partir de 50 litros por día se garantizan todos los requisitos de salud y que a partir de 100 litros por día se considera un acceso óptimo. Sin embargo, estas cifras indicativas deberían ajustarse en función de las necesidades de grupos especiales, de su situación de vulnerabilidad y del entorno relacionado (grupos indígenas, mujeres embarazadas, personas enfermas, mayores o con VIH-SIDA).

21] El Comité se guió por este enfoque, fijando una cantidad aproximada de 50 litros de agua por día, con un mínimo de 20 litros. Sin embargo, el Comité era consciente de que las personas marginadas y pobres necesitarían más litros de agua y subrayó la importancia de "asegurar que los agricultores desfavorecidos y marginados, en particular las mujeres, tengan un acceso equitativo al agua y a los sistemas de gestión de la misma".

22] El caso *Mazibuko v. la Ciudad de Johannesburgo*, primera decisión en Sudáfrica sobre esta materia,⁸ es uno de los casos más interesantes relacionados con el derecho al agua. La decisión

ELEMENTOS Y SUBELEMENTOS DEL DERECHO AL AGUA Y EL SANEAMIENTO



fue resultado del esfuerzo combinado de una serie de organizaciones de base, tales como el Centro por el Derecho a la Vivienda y contra los Desalojos ("COHRE"), la Coalición contra la Privatización del Agua (CAWP) y el Centro de Estudios Jurídicos Aplicados ("CALS") de la Universidad de Witwatersand. Las víctimas, miembros de una comunidad pobre que vivía en un suburbio de Soweto, alegaron haber padecido una violación del derecho al agua argumentando que la política básica del agua violaba el art. 27(1) de la Constitución y que la instalación de contadores de prepago era discriminatoria y administrativamente injusta. La parte demandante solicitó el incremento de la cantidad mínima de agua de 25 a 50 litros por día. De hecho, durante varios años, la parte demandante había disfrutado de un suministro de agua sin medición ni límite alguno pagando la cantidad de 68,40 rands basada en un consumo mensual estimado de 20 kilolitros de agua por vivienda. Sin embargo, el consumo mensual ascendía a 67 kilolitros mensuales y las personas que habitaban en Soweto no pagaban estos gastos. En 2004, tras la decisión de implementar un nuevo plan con el fin de reducir pérdidas de agua y mejorar el pago de las tasas, se seleccionó el departamento de Soweto como primer área de implementación del proyecto. Se instaló un sistema de contadores prepago que suministrarían 6 kilolitros de agua gratuita al mes a cada vivienda, 25 litros por persona y día. Los y las habitantes que consumieran más deberían pagar por adelantado. Sin embargo, el sistema era discriminatorio desde el punto de vista de los y las habitantes de Soweto, dado que no se había establecido el sistema de prepago para otros usuarios y usuarias gratuitos, muchos de ellos de instituciones gubernamentales. Argumentaron discriminación hacia los más pobres y por ello,

8. En Sudáfrica, la Carta de Derechos (1996) determina que todas las personas tienen derecho a tener acceso a una cantidad suficiente de comida y agua (Sec. 27) y la Ley de Servicios de Agua (1997) define el suministro básico de agua como el estándar mínimo de servicio necesario para suministrar con fiabilidad una cantidad y una calidad de agua a las viviendas, incluidas las viviendas informales, suficiente para permitir la vida y la higiene personal.

la parte demandante solicitaba al Tribunal que declarara inconstitucional la política básica de agua gratuita.

23] En contra de las decisiones de los tribunales de instancia, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica decidió que la política de agua de 25 litros por persona era “razonable” conforme al artículo 27(1) de la Constitución y que el procedimiento era justo y legal, y por tanto no discriminatorio. El Alto Tribunal y el Tribunal Supremo de Apelación fijaron respectivamente un mínimo de 50 y 42 litros de agua por persona y día como el mínimo para cubrir las necesidades básicas de las familias. El Tribunal Constitucional rechazó este enfoque basado en la cantidad “mínima” de agua y en su lugar, dictaminó en función de lo que era “razonable”. Su argumentación, basada en ese “carácter razonable”, fue la siguiente: se asignó la cantidad de 6 kilolitros de agua gratuita a las personas ricas y pobres por igual y no se obligó a la ciudad a proporcionar una cantidad concreta de agua, sino a cumplir progresivamente el derecho.

3. LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS

24] La división tripartita de las obligaciones de los Estados de **respetar, proteger y cumplir** se desglosa del siguiente modo en lo que respecta al derecho al agua y el saneamiento:

25] La obligación de **respetar** corresponde al deber del gobierno de no interferir con el acceso al agua. Ello incluye evitar toda injerencia en el acceso igualitario a un agua adecuada, y toda injerencia arbitraria en los acuerdos de asignación de agua regidos por la costumbre o la tradición. Cerrar o contaminar el suministro de agua supondría también una violación de la obligación de respetar en determinados casos –cuando se lleva a cabo de manera injusta, injustificada y arbitraria–.

26] El Comité aclaró que una desconexión del suministro debería cumplir con las siguientes condiciones: respetar el debido proceso y la forma apropiada de la protección procedimental. Existe numerosa jurisprudencia que proporciona contenido específico. En el caso de los *Residentes de Bon Vista Mansions v. Consejo Local Metropolitano del Sur*,⁹ el Alto Tribunal de Sudáfrica estableció que desconectar el suministro de agua constituía una violación del derecho al agua. El Alto Tribunal ordenó a la municipalidad que volviera a conectar el suministro de agua, ya que la desconexión no era “ni justa ni equitativa” conforme la Sección 4(3) de la Ley 108 de Servicios de Agua de Sudáfrica (1997), porque no se notificó adecuadamente a las personas residentes en Bon Vista Mansions. De acuerdo con esta jurisprudencia, la sección 3(b) del Reglamento para la Implementación de la Ley de Servicios de Agua de 2001 aclaró que la cantidad mínima de agua potable debería ascender a 25 litros por persona y día o a 6 kilolitros mensuales por vivienda en las tres situaciones siguientes: (a) con un caudal no inferior a 10 litros por minuto, (b) a menos

de 200 metros de distancia de cada vivienda y (c) con una eficacia tal que ningún consumidor o consumidora permanezca sin suministro más de siete días completos por año. A pesar de todo, el Tribunal falló que la desconexión de un suministro de agua existente constituía una violación de la obligación de respetar el derecho al suministro de agua.

27] Sin embargo, en el caso del Alto Tribunal de Durban *Manqe v el Consejo Metropolitano Transitorio de Durban, Sudáfrica*, (2002), la señora Manqe, una mujer indigente y desempleada, madre de siete hijos, sufrió la desconexión del suministro de agua como consecuencia del impago de una factura de agua que ascendía a 10.000 rands (1.400 dólares estadounidenses aproximadamente). La señora Manqe alegó una violación de la Ley 108 de Servicios de Agua de 1997 debida a una desconexión del suministro de agua que ella consideraba ilegal y perjudicial para las personas a su cargo. La Ley 108 de Servicios de Agua de Sudáfrica prescribe un estándar mínimo en cantidad y calidad para los servicios de suministro de agua a las viviendas, incluidas las viviendas informales. Como no había directrices o reglamento que definieran la cantidad en aquel momento, el Consejo Metropolitano Transitorio de Durban estableció que 6 kilolitros mensuales de agua gratuita para uso doméstico era una cantidad que cumplía la obligación relacionada con el agua que establecía la Ley. Sin embargo, el consumo de la Sra. Manqe superaba ampliamente los 6 kilolitros. Dado que no existía guía o reglamento alguno para interpretar el contenido del derecho al agua en este caso específico, el Tribunal consideró que no era de aplicación forzosa. Por tanto, se obligó al Consejo Metropolitano de Durban a volver a conectar el suministro de agua temporalmente. Este caso subraya la necesidad de una reglamentación exhaustiva y una legislación nacional sobre el derecho al agua potable y el saneamiento con el fin de aclarar el contenido básico mínimo que permita la aplicación forzosa del derecho al agua.

28] La obligación de **proteger** significa que los gobiernos están obligados a tomar medidas con el fin de impedir que terceros infrinjan el derecho al agua y el saneamiento. Esta obligación incluye, por ejemplo, la obligación de evitar la contaminación del agua y de controlar el aumento del precio del suministro de agua y del saneamiento para que sea asequible. El Comité menciona la responsabilidad del sector privado en relación con esta obligación. De hecho, afirma que los Estados deberían hacer un seguimiento de las actuaciones privadas conforme a los principios democráticos y al derecho a la participación en el diseño y la implementación de políticas. Las poblaciones pobres se ven obligadas a depender de sistemas informales de suministro de agua y esta microdimensión debería tenerse en cuenta a la hora de analizar la responsabilidad de los Estados.

29] En el caso de los *Menores de la Comunidad Paymenil s/acción de amparo*¹⁰, la comunidad indígena Mapuche de Paymenil presentó un recurso de amparo a través del Defensor Público de los Menores de Neuquen contra una compañía petrolífera que contaminó el suministro de agua y el medio ambiente con plomo y mercurio. El Defensor Público subrayó que dado que el acceso al agua es un derecho fundamental, y dado

9. 2001 (App. n° 12312).

10. Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquen, Sala II, 19 de mayo de 1997.

que el derecho a la salud se garantiza a través del acceso al agua, el Gobierno descuidó su obligación de proteger la salud de la población, especialmente la de los niños y niñas. Tras analizar las pruebas, el Tribunal de Apelación consideró que el Gobierno de Argentina no actuó a pesar de las numerosas advertencias dadas por otras autoridades respecto de dicha situación de contaminación y admitió el recurso de amparo, ordenando al Gobierno que:

- (1) suministrara 250 litros de agua dulce por habitante y día en el plazo de dos días a partir de la resolución
- (2) asegurara el suministro por los medios adecuados en el plazo de cuarenta y cinco días a partir de la resolución
- (3) identificara los daños y proporcionara el tratamiento necesario
- (4) llevara a cabo las acciones necesarias para preservar el medio ambiente.

30] Como consecuencia de estas órdenes, y teniendo en cuenta que el Gobierno no tomó las medidas en su totalidad, el Defensor Público de Menores de Neuquen remitió el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (*Comunidades Mapuche de Paynemil y Kaxipayiñ*).¹¹ La Comisión, alegando el incumplimiento de la decisión del Tribunal, ordenó al Estado que suministrara agua potable a las comunidades indígenas Mapuche de Paynemil, que habían estado expuestas a agua contaminada con plomo y mercurio, y que determinara el alcance de los daños y proporcionara el tratamiento médico correspondiente (obligación de proteger y cumplir).

31] En el caso del *Centro por el Derecho a la Vivienda y contra los Desalojos (COHRE) v. Sudán*,¹² la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha explicado por primera vez el derecho al agua establecido en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos con detalle. El caso aborda el desalojo forzado, la destrucción de instalaciones públicas, las matanzas y las violaciones contra las tribus africanas negras de la región sudanesa de Darfur, específicamente contra miembros de las tribus Fur, Marsaleit y Zaggawa. Tras analizar los desalojos forzados y el fracaso del gobierno a la hora de proteger a su ciudadanía proporcionando remedios eficaces, la Comisión recordó la argumentación del Caso SERAC e indicó que el derecho al agua también está garantizado por la Carta Africana en sus artículos 4, 16 y 22. La Comisión afirmó que “*ser cómplice del saqueo y la destrucción de alimentos, cosechas y ganado así como del envenenamiento de pozos y la denegación del acceso a las fuentes de agua de la región de Darfur*”¹³ causó la violación del derecho al nivel de salud más alto posible”. La Comisión también confirmó la violación del derecho de toda persona a su desarrollo económico, social y cultural.

32] La obligación de **cumplir** pide a los gobiernos que proporcionen los recursos necesarios para implementar progresivamente el derecho al agua potable y el saneamiento y garantizar su acceso universal. En el caso del derecho al agua y el saneamiento, esta obligación se desglosa en las obligaciones de **facilitar**, **promover** y **proporcionar**.

33] El Comité ha aclarado el contenido de esta obligación del siguiente modo: la obligación de **facilitar** requiere que el Estado apoye a los individuos y a las comunidades para que disfruten del derecho al agua. La obligación de **promover** obliga al Estado Parte a dar pasos para garantizar una educación adecuada en relación con el uso higiénico del agua y la protección de los recursos hídricos. Y la obligación de **proporcionar** obliga a los Estados Partes a proporcionar agua a todo individuo o grupo que no pueda lograrla por sí mismo.¹⁴

34] Los Estados están obligados a cumplir con su obligación implementando medidas legislativas que garanticen el acceso al agua potable y el saneamiento, así como a adoptar una estrategia nacional del agua, un plan de acción y a verificar la realización del derecho.

35] A fin de garantizar la asequibilidad del derecho, los Estados Partes deben utilizar: (a) un conjunto de técnicas y tecnologías adecuadas y de bajo coste, (b) unas políticas de precios apropiadas, tales como el agua gratuita o a bajo coste y (c) complementos a la renta.

OBLIGACIONES BÁSICAS DEL DERECHO AL AGUA Y EL SANEAMIENTO

- Garantizar el acceso a la cantidad mínima esencial de agua potable suficiente para el uso personal y doméstico
- Garantizar el derecho al acceso al agua y los servicios e instalaciones de agua de manera no discriminatoria, con especial énfasis en los grupos marginados y vulnerables
- Garantizar el acceso físico a las instalaciones de agua – es decir, la regularidad, cantidad suficiente y proximidad de las fuentes a las viviendas – así como la seguridad personal.
- Garantizar la distribución equitativa de las instalaciones y servicios de agua y saneamiento.
- Adoptar e implementar un plan de acción y una estrategia nacionales, basadas en la participación y la transparencia y que incluyan indicadores y cotas de referencia, con especial énfasis en los grupos marginados y vulnerables.
- Verificar la implementación del plan de acción y la estrategia mencionados.
- Adoptar programas de mínimos para el agua y el saneamiento.

11. Caso n° 12.010.

12. Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación 296/2005.

13. Op. cit., párr. 126.

14. Véanse los párr. 27 y 28.

► **ELEMENTOS BÁSICOS DE UNA ESTRATEGIA O PROGRAMA PARA GARANTIZAR EL DERECHO AL AGUA POTABLE Y EL SANEAMIENTO**

Todo programa o estrategia para garantizar el acceso al agua potable y el saneamiento debería (a) basarse en las leyes y principios de los derechos humanos; (b) cubrir todos los aspectos del derecho al agua y las correspondientes obligaciones de los Estados Partes. Debería tener por objeto: Reducir la disminución de los recursos hídricos resultante de una extracción, desviación y embalse insostenibles

- (a) Reducir la disminución de los recursos hídricos resultante de una extracción, desviación y embalse insostenibles
- (b) Reducir y eliminar la contaminación de las cuencas fluviales y los ecosistemas conexos con sustancias tales como la radiación, los productos químicos nocivos y los excrementos humanos
- (c) Controlar las reservas de agua
- (d) Garantizar que los desarrollos propuestos no interfieren con el acceso al agua potable
- (e) Evaluar el impacto de las acciones que puedan vulnerar la disponibilidad de agua y los ecosistemas naturales de las cuencas fluviales, tales como el cambio climático, la desertización y el incremento de la salinidad del suelo, la deforestación y la pérdida de biodiversidad
- (f) Incrementar el uso eficiente del agua por los usuarios y usuarias finales
- (g) Reducir las pérdidas de agua en la distribución
- (h) Crear mecanismos de respuesta para situaciones de emergencia
- (i) Crear instituciones competentes y lograr acuerdos institucionales adecuados para llevar a cabo las estrategias y programas
- (j) Proporcionar sistemas de rendición de cuentas a la ciudadanía, las ONG y las organizaciones de base en general, y
- (j) Ayudar a otros Estados mediante la cooperación internacional.

4. LOS DEBERES DE PROTECCIÓN IGUALITARIA, NO DISCRIMINACIÓN Y ATENCIÓN ESPECIAL A GRUPOS VULNERABLES Y MARGINADOS

36] Todas las personas, sin discriminación alguna, tienen derecho a acceder al agua potable y el saneamiento. Sin embargo, el Pacto subraya que existen grupos poblacionales que pueden estar discriminados en relación con el acceso al agua, y pide dar prioridad a grupos vulnerables y marginados tales como la infancia, las mujeres, las comunidades étnicas, así como las personas refugiadas, mayores, pobres y las comunidades rurales y nómadas que sufren la escasez de agua o no pueden acceder a recursos hídricos ni al suministro de agua. Así, el Pacto proscribire toda forma de discriminación de cualquier tipo y solicita al Estado que tome las medidas adecuadas para facilitar e invertir en recursos hídricos, con el fin de empoderar a las personas en la consecución del derecho al agua potable y el saneamiento.

37] La Observación General nº 15 presta especial atención a las mujeres, a las personas que padecen VIH-SIDA y a las comunidades étnicas. Estos grupos conforman la población más

discriminada debido a que históricamente se les ha excluido de los procesos de toma de decisiones.

38] En relación con la infancia, el Párrafo 2 del Artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño requiere a los Estados Partes que combatan las enfermedades y la desnutrición “mediante el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre”. Las instituciones educativas deberían proporcionar agua potable y saneamiento a los niños y niñas con carácter urgente.

39] Por tanto, los Estados deberían proporcionar agua suficiente, así como instalaciones de agua. En el caso del *Consejo de la Ciudad de Pretoria v. Walker*,¹⁵ el Tribunal Constitucional de Sudáfrica analizó la cláusula de no discriminación en una resolución relacionada con las tarifas del agua entre diferentes municipalidades de Sudáfrica. El Sr. Walker, el demandado, residente en un área de blancos llamada Vieja Pretoria, debía al Consejo de la Ciudad de Pretoria la cantidad de 4.753,84 rands. Sin negar que debía dicha cantidad, argumentó que el Consejo de Pretoria cobraba diferentes tarifas de electricidad y el agua. Argumentó que se aplicaba una tarifa diferente en la zona blanca de Vieja Pretoria y en la zona negra, compuesta por las ciudades de Atteridgeville y Mamelodi. De hecho, a las personas residentes en la Vieja Pretoria se les tarifaba conforme al consumo real, mientras que las zonas residenciales negras, pobremente desarrolladas en cuanto a la infraestructura de los servicios municipales, pagaban en base a una tasa uniforme (*tarifa plana*) para cada vivienda. El Sr. Walker argumentaba que esta diferenciación significaba que las personas residentes en Vieja Pretoria pagaban por las dos ciudades. Además, el consejo había adoptado una política selectiva de aplicación forzosa legal contra las personas morosas. El Consejo tomó medidas legales para recuperar las deudas de las personas residentes en Vieja Pretoria pero no tomó medidas similares en las municipalidades en las que existía una cultura de no pagar por los servicios.

40] El Tribunal analizó si la diferenciación implicaba discriminación y concluyó que las políticas adoptadas, estaban racionalmente relacionadas con los objetivos gubernamentales, por lo que no había discriminación implícita. Sin embargo, el Tribunal consideró que la diferenciación entre personas residentes blancas y negras constituía una violación indirecta de la Sección 8 (2) de la Constitución Provisional de Sudáfrica, y recordó que la diferenciación apartheid estaba especialmente basada en motivos geográficos y raciales. El Tribunal dictaminó que el Sr. Walker había sido discriminado como minoría racial. Los Tribunales afirmaron por tanto que ningún grupo racial debería percibir que los marcos legales pudieran ser aplicados en su contra.

41] En Colombia, dos resoluciones relativas a la protección de personas desplazadas y comunidades indígenas subrayaron la necesidad de elevar el derecho al agua al nivel de derecho autónomo. De hecho, el Tribunal Constitucional afirmó el derecho al acceso igualitario al agua potable y el saneamiento de las personas desplazadas en el caso **T-025 de 2004**. En el caso **T-760 de 2008** se ordenaron medidas urgentes para proporcionar acceso al agua en una situación de desnutrición que llevo a la muerte a varios miembros de una comunidad indígena, incluidos menores.

15. (CCT8/97) 1998 ZACC 1; 1998 (2) SA 363; 1998 (3) BCLR 257 (17 de febrero de 1998).

▶ MUJERES, AGUA Y SANEAMIENTO

Generalmente, las mujeres son responsables no sólo de gestionar el suministro de agua en las viviendas, sino también de proporcionar este suministro. En el 2º Foro Mundial del Agua en La Haya (2000) se reconoció que, además de ser las usuarias principales del “agua domiciliaria”, las mujeres utilizaban el agua en su papel clave como productoras de alimento, y que las mujeres y los niños y niñas son las personas más vulnerables en los desastres relacionados con el agua.

Un acceso restringido implica que las mujeres pasan gran parte de su tiempo recogiendo agua, tiempo que podrían emplear en actividades generadoras de ingresos o en otras actividades familiares. Es posible que las niñas que son responsables de recoger agua no puedan ir a la escuela a causa de esta tarea. Además, recoger agua puede ser arriesgado y exponer a las mujeres y niñas al riesgo de violencia sexual o de género. En zonas donde el agua sólo está disponible en espacios públicos, éstos deberían estar adecuadamente iluminados y bien ubicados en la comunidad, a fin de evitar que las mujeres necesiten entrar en zonas inseguras. El papel central de las mujeres en la provisión de agua implica que también deberían estar involucradas en todos los procesos de toma de decisiones relacionadas con el suministro de agua para la comunidad.

Obstáculos culturales tales como la exclusión de las mujeres de la propiedad de tierras, las leyes de herencia o la composición estructural de la comunidad agravan la situación, dado que impiden su reconocimiento como ciudadanas con iguales derechos.

Un suministro inseguro de agua también constituye un problema de salud serio. La falta de agua limpia aumenta de manera significativa el impacto del VIH-SIDA. Unas malas condiciones higiénicas afectan a los hombres y mujeres con VIH, que necesitan unas condiciones de vida saludables, incluido un suministro seguro de agua. Las mujeres con VIH-SIDA no pueden caminar largas distancias para recoger agua y están más expuestas a enfermedades concomitantes.

La salud sexual y reproductiva también está directamente relacionada con cuestiones de saneamiento y agua, dado que se pueden ver afectadas por infecciones transmitidas por un agua insalubre.

42] Las ONG juegan un papel importante en la defensa de marcos legales comprensivos y antidiscriminatorios, en la verificación de la disponibilidad de recursos legales, y en la promoción del diseño de políticas públicas específicas que eviten la discriminación.

5. LÍMITES DEL DERECHO AL AGUA POTABLE Y EL SANEAMIENTO

43] Existe confusión respecto al contenido del derecho al agua y el saneamiento y las obligaciones estatales relacionadas con él, así como motivos económicos y mercantiles que impiden su reconocimiento total como derecho humano autónomo. De hecho, en diferentes marcos legales nacionales, el derecho al agua está aún vinculado al derecho a la vida, a un nivel de vida adecuado y a una alimentación adecuada, pero no está recogido como un derecho humano con libertades y beneficios adquiridos. Por tanto, es urgente y necesario avanzar en su reconocimiento y su inscripción en marcos legales y constitucionales.

44] Recurrir a los tribunales sólo es uno de los diversos modos de implementar este derecho, dado que las medidas administrativas y la rendición de cuentas pública deberían llevar a su cumplimiento, implementación y difusión como derecho humano.

45] La **privatización** de los servicios de agua ha sido controvertida dado que el suministro de agua se identifica primeramente como un bien público, especialmente para usos básicos. Con frecuencia, la privatización se basa en el beneficio mercantil y las prioridades comerciales más que en el respeto a los derechos humanos. La privatización a menudo da como resultado una reducción del acceso a los servicios sociales básicos de las personas pobres que viven en barriadas y asentamientos ilegales. Cuando es eficaz, mejora el saneamiento de manera efectiva, pero produce un incremento de las tarifas. Unos precios de agua altos implican que las personas pobres tienen que utilizarla menos o pasarse sin ella. También puede llevar a la interrupción del suministro o al deterioro de la calidad del agua.

46] La **privatización del servicio** no presupone que el Estado no siga siendo responsable del cumplimiento de los derechos, ni que su responsabilidad primaria se haya derivado a una entidad privada. El Estado continúa siendo quien debe rendir cuentas y responsabilizarse de la realización progresiva del derecho incluso aun cuando el proveedor del servicio también sea responsable. La privatización no puede reducir la rendición de cuentas ni el control local. Es necesario fortalecer los mecanismos participativos de control, ya que es extremadamente difícil revertir una privatización una vez implementada. Por este motivo, debería incorporarse el respeto a los derechos humanos en los procesos y servicios de privatización, con el fin de mantener la inclusión, participación y calidad de los mismos, y de incrementar el bienestar.

47] Existen ejemplos que demuestran que la aplicación de sistemas participativos de control a la privatización cada vez resulta más eficaz. Por ejemplo, en el **caso de la privatización de los servicios de agua en Cochabamba**, Bolivia, durante la denominada “guerra del agua” del 2000, se demostró claramente cómo la privatización se convertía en una carga insostenible para las familias con bajos ingresos, que no podían pagar las tarifas tras recibir facturas cuyos importes doblaban y triplicaban las cantidades anteriores. Tras las protestas de la sociedad civil, la involucración de los medios de comunicación y la participación significativa de las mujeres, la sociedad civil rechazó la *Ley 2029 de Agua Potable y Saneamiento* formulada por el gobierno, solicitando su modificación y la anulación del contrato con la empresa privada.¹⁶ Los movimientos de la sociedad civil tuvieron éxito.

48] El caso de la ONG india Tarun Bharat Sangh (TBS) del Estado de Rajastán de la India es un buen ejemplo de cómo la participación comunitaria puede mejorar la vida de las personas. La ONG apoyó a los y las habitantes de los pueblos proporcionándoles servicios de agua vinculados a grandes embalses. Los vecinos y vecinas de estos pueblos pudieron comer varias veces al día (en vez de sólo una) y las mujeres

16. Para más información, véase: Juan Barrera Cordero, *La Guerra del Agua en Cochabamba*, en *Investigación Ambiental*, 2009, I (1), páginas 91-100, disponible en: www.revista.ine.gob.mx/article/viewFile/22/17.

podieron contribuir a la vida comunitaria con tareas que requerían menos tiempo. También se enseñó a las personas de la comunidad cómo conservar el agua y utilizar la recogida de agua de lluvia. Esta ONG ha motivado una transformación social y ambiental con un bajo coste para las personas agricultoras de la región.

- Crear políticas públicas congruentes con los elementos del derecho humano al agua (disponibilidad, accesibilidad, asequibilidad y calidad del agua), enfatizando especialmente la no discriminación y la protección igualitaria
- Compartir el conocimiento y la tecnología adecuadas
- Promover la participación de las partes implicadas, asociaciones de usuarios y usuarias del agua, personas expertas, mujeres y ONG en la planificación, gestión y conservación del agua
- Incrementar la ayuda internacional, especialmente para los países que padecen falta de acceso al agua potable y el saneamiento.

6. ESTRATEGIAS DE DEFENSA EN JUSTICIA

49] Las siguientes acciones tienen como fin incrementar la efectividad de la implementación del derecho al agua potable y el saneamiento. El papel de las organizaciones de base es crucial a este respecto; como agentes independientes juegan un papel estratégico entre las comunidades y los agentes públicos y privados que proporcionan el suministro. Dichas acciones son:

- Diseñar estrategias a corto, medio y largo plazo para garantizar el derecho al acceso al agua potable y el saneamiento
- Actualizar la normativa relativa al agua
- Incluir el derecho al acceso al agua potable y el saneamiento en todos los documentos, leyes y estrategias institucionales como un derecho ejecutable
- Integrar el tema de la diversidad cultural en la gestión del agua
- Integrar la perspectiva de género en las cuestiones relacionadas con el agua



End Water Poverty

End Water Poverty: saneamiento y agua para todos, es una campaña internacional liderada por la ONG Water Aid, y organizada por una coalición creciente de organizaciones de ideas similares, que llama a la acción inmediata en favor de las personas más pobres y vulnerables, incluidas las personas con discapacidad, las personas mayores y las mujeres. Argumenta que el acceso a unos servicios asequibles es un derecho fundamental. La campaña se basa en los principios clave para la erradicación de la pobreza, la sostenibilidad de los servicios, la rendición de cuentas de los gobiernos ante su ciudadanía y la distribución igualitaria. Subraya el papel del agua, el saneamiento y la educación para la higiene como pilares clave para el desarrollo y busca lograr un cambio político real para mejorar globalmente la vida de las comunidades en desarrollo.

Para más información, véase: www.endwaterpoverty.org.

EJERCICIOS

- 1) Analice por favor el marco legal sobre el derecho al agua de su país: ¿Quién tiene derecho al agua? ¿Y quién lo hace cumplir? Por favor, desarrolle su respuesta.
- 2) ¿Qué es la escasez de agua? ¿Cómo equilibrar una demanda que aumenta diariamente con un suministro limitado de cara a cumplir el derecho al agua potable y el saneamiento?
- 3) Analice la afirmación “La escasez de agua es la causa del desplazamiento interno de millones de personas como consecuencia de conflictos sobre el agua y de condiciones ambientales como la sequía” a la luz de la denominada “estrategia colaborativa”.

El derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones

– 97 –

1. Definición del derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones

– 99 –

2. Contenido normativo

- a. La realización progresiva
- b. La ciencia y los principios de los derechos humanos
- c. Integración de los derechos humanos en las estrategias de la ciencia

– 101 –

3. Obligaciones básicas

– 103 –

4. La relación de este derecho con otros derechos humanos

– 105 –

5. Estrategias de defensa en justicia

EL DERECHO A DISFRUTAR DE LOS BENEFICIOS DEL PROGRESO CIENTÍFICO Y SUS APLICACIONES



© UNESCO/Esther Mooren

Cada día el mundo está más interconectado, una transformación que se acentúa por la velocidad de la globalización moderna. La ciencia y la tecnología juegan un papel central en los vínculos y avances globales y locales. La ciencia y sus aplicaciones han transformado nuestra comprensión del mundo que habitamos y el modo en que vivimos en él. El derecho a disfrutar de los beneficios del progreso y sus aplicaciones busca garantizar la distribución equitativa del conocimiento y las herramientas que impulsan el avance social. En esencia, se trata de una propuesta poderosamente igualitaria que comprende tanto la dimensión individual como la colectiva. A su vez, estas dimensiones generan derechos que requieren una cooperación internacional significativa en relación con el intercambio de conocimientos, los avances técnicos y los recursos científicos necesarios para realizar plenamente este derecho. Hasta hace bien poco, ningún científico o científica, ni comunidad de derechos humanos había tenido en consideración este derecho; sin embargo, ahora se están investigando y discutiendo sus implicaciones y su potencial.

1. DEFINICIÓN DEL DERECHO A DISFRUTAR DE LOS BENEFICIOS DEL PROGRESO CIENTÍFICO Y SUS APLICACIONES

1] El derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones está expresamente otorgado en las leyes internacionales de derechos humanos. Está especificado tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹ (Artículo 27) como en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales² (Artículo 15 (1)(b)). Hasta la fecha, se trata de un derecho que ha tenido poco peso en la toma de decisiones políticas o en los movimientos de derechos humanos, más allá de ser mencionado en instrumentos internacionales relacionados con los datos genéticos, la biodiversidad y los deberes económicos de los Estados: Por ejemplo, los Artículos 9 y 13 de la **Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados**, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 12 de diciembre de 1974, el Artículo 19 de la **Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos**, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 16 de octubre de 2003, y el Artículo 15 de la **Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos**, aprobada

por la Conferencia General de la UNESCO el 19 de octubre de 2005.

2] El Artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) contiene dos párrafos relativos a la ciencia. El primero estipula que toda persona tiene derecho a participar en el progreso científico. El segundo indica que los científicos y científicas tienen derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los descubrimientos o desarrollos que hagan o produzcan.

3] En línea con la DUDH, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) que, legalmente hablando, es la enumeración más importante de obligaciones estatales relativas a estas cuestiones, reconoció que es “el derecho de todas las personas a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”. Aquí, este derecho está vinculado a otras dos disposiciones sobre la propiedad intelectual y la participación cultural.

4] Ha habido pocos intentos sustanciales de interpretar el derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones. La falta de consenso en cuanto a qué implica el derecho a los beneficios científicos ha hecho, y sigue haciendo, que su implementación resulte difícil. Sin embargo, el descuido de este derecho puede juxtaponerse con su potencial para reformular agendas de investigación y programas de desarrollo y, en general, para hacer mucho bien.

1. Asamblea General de la ONU, Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, 217A(III)

2. Asamblea General de la ONU, Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas.

5] Bajo los auspicios de la UNESCO, han tenido lugar tres reuniones de expertos sobre este derecho. Estas reuniones han reflexionado acerca del papel que tiene tal derecho en el mundo de hoy, que es tan dependiente de la ciencia y la tecnología.³ El análisis más exhaustivo de este derecho tuvo lugar en una reunión celebrada en 2009 y produjo la Declaración de Venecia sobre el Derecho a Disfrutar de los Beneficios del Progreso Científico y sus Aplicaciones.

6] La **Declaración de Venecia** sostiene que el derecho a disfrutar del progreso científico es aplicable a todos los ámbitos de la ciencia y sus aplicaciones. Consecuentemente, los progresos científicos en farmacia, agricultura, producción de alimentos, ingeniería espacial, gestión ambiental, comunicación electrónica y demás ámbitos científicos deben compararse con todo el mundo. Es más, la **Declaración de Venecia** proclama que el derecho a la ciencia es un derecho que puede disfrutarse tanto individual como **colectivamente**. Un ejemplo del derecho **individual** podría ser el acceso a instalaciones farmacéuticas. Un derecho colectivo del área medioambiental podría ser la propuesta de un proyecto de desarrollo para una zona en la que nunca ha habido desarrollo. En este caso, la comunidad local tendría derecho colectivo al conocimiento logrado a través de los estudios ambientales y de impacto sobre la salud pública, basados en el conocimiento científico acerca de cómo la industrialización afecta a la salud humana y ambiental.

7] La convergencia del derecho a los beneficios científicos, la protección de la propiedad intelectual y el derecho a participar en la cultura parece constituir una asociación inusual e inquietante. La tensión entre los derechos colectivos a los beneficios científicos y a la propiedad individual derivada de los regímenes de propiedad intelectual es uno de los ejemplos de la peculiaridad aparente de agrupar estas premisas. Es necesaria por tanto una reflexión más profunda sobre estas cuestiones. Este agrupamiento quizás indica que el derecho a la ciencia podría utilizarse para influir y modificar las leyes de propiedad intelectual para que tengan mayor consideración con las implicaciones de los derechos humanos. Debería señalarse que ninguno de estos derechos es absoluto y que deben mantener un equilibrio con respecto de las demás obligaciones de derecho humanos.

8] El derecho a la ciencia expresa la idea de que el progreso conduce a una mejora de las condiciones sociales y requiere por tanto que las aplicaciones y beneficios creados por el progreso científico se compartan con todas las personas, no sólo con quienes han contribuido a su desarrollo.

9] Los términos del derecho que son importantes para crear su definición son los siguientes:

- a. **Ciencia.** La investigación científica se diferencia por buscar el descubrimiento de nuevos conocimientos como fin en sí mismo, criterio que se utiliza para marcar la diferencia entre la ciencia y otras áreas de la cultura y la innovación.
- b. **Sus aplicaciones.** Es controvertido que las aplicaciones de la ciencia se vean hoy en día en términos tecnológicos. La distinción entre tecnología y aplicación es discutible; sin

embargo, algunas personas del ámbito científico afirman que la tecnología es distinta de la ciencia dado que utiliza conocimiento existente para desarrollar soluciones a problemas prácticos con el fin de lograr beneficios. Por lo tanto, algunas personas podrían argumentar que los desarrollos tecnológicos no están cubiertos por el derecho a la ciencia. La mayor parte de los defensores afirma, sin embargo, que una interpretación tan limitada no es válida y que los desarrollos tecnológicos deberían incluirse en cualquier definición de “sus aplicaciones” a la hora de considerar el derecho a la ciencia. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (en lo sucesivo el Comité de la ONU) aún debe proporcionar orientación sobre esta cuestión.

- c. **Disfrute de los beneficios.** Estos deben entenderse como los beneficios materiales de los que pueden disfrutar los individuos en su vida diaria. Elaborar una lista exhaustiva de todos los avances logrados por la ciencia y sus aplicaciones sería virtualmente imposible. Generalmente, los beneficios del progreso científico pueden ser directos o indirectos y organizarse en tres grandes grupos: corto plazo, largo plazo y beneficios públicos.

Los beneficios a corto plazo incluyen los pagos anticipados y las oportunidades de empleo e investigación de que disponen las comunidades o personas participantes en esfuerzos científicos. Por ejemplo, si el desarrollo de recursos biológicos, tales como productos nutricionales, se llevará a cabo de acuerdo con el derecho a la ciencia, entonces los miembros de las comunidades locales deberían recibir formación y poder participar sustancialmente en los procesos de desarrollo, logrando otro beneficio a corto plazo – la mejora de la capacidad técnica e institucional del país.

Los beneficios a largo plazo incluyen los pagos anticipados y las oportunidades de empleo e investigación de que disponen las comunidades o personas participantes en esfuerzos científicos. Por ejemplo, si el desarrollo de recursos biológicos, tales como productos nutricionales, se llevará a cabo de acuerdo con el derecho a la ciencia, entonces los miembros de las comunidades locales deberían recibir formación y poder participar sustancialmente en los procesos de desarrollo, logrando otro beneficio a largo plazo – la mejora de la capacidad técnica e institucional del país.

Según el derecho a la ciencia, todas las personas deberían poder disfrutar de los **beneficios públicos** de la misma, tales como el desarrollo de medicamentos para tratar enfermedades, las mejoras de infraestructura y maquinaria para modernizar la gestión del agua, la producción de alimentos y la protección contra los desastres naturales, entre otros.

10] El derecho a los beneficios del progreso científico también debería definirse por su influencia en la agenda del progreso científico. Es decir, las necesidades de las personas marginadas, pobres y tradicionalmente excluidas de la ciencia deberían estar incluidas en las agendas de investigación y desarrollo de las comunidades científicas de forma significativa, participativa y comprometida, con el fin de garantizar que los beneficios de la ciencia contengan beneficios **prácticos** para sus vidas y que contribuyan a la erradicación de la pobreza.

3. Amsterdam (2007), Galway (2008) y Venecia (2009).

2. CONTENIDO NORMATIVO

11] A pesar de las dificultades que encuentra la elaboración de una definición del derecho a los beneficios de la ciencia, ya han comenzado las discusiones relativas al contenido normativo del derecho. Cualquier discusión o hipótesis acerca del contenido normativo debería tener en cuenta los principios fundamentales de los derechos humanos, en particular la no discriminación, con el fin de fomentar el desarrollo de un ambiente participativo que posibilite el progreso científico, lo que garantizaría la protección frente los abusos y los efectos adversos de la ciencia y sus aplicaciones.⁴

a. La realización progresiva

12] La creencia de que las comunidades pueden lograr el respeto de todos los derechos humanos a través del progreso económico, científico y social es un tema importante y recurrente en el PIDESC, que se ve reflejado en el principio de **realización progresiva**.⁵ Las obligaciones de los Estados han de lograrse paulatinamente haciendo el máximo uso de los recursos disponibles de la nación.

13] El derecho a los beneficios de la ciencia expresa la idea de que el progreso conduce a una mejora de las condiciones sociales y requiere por tanto que las aplicaciones y beneficios creados por el progreso científico se compartan con todas las personas, no sólo con quienes han contribuido a su desarrollo. Por lo tanto, los desarrollos o aplicaciones científicas que puedan mejorar las condiciones sociales de manera importante deberían **adaptarse** para que estén **disponibles, accesibles** y sean **apropiados** para que todas las personas puedan disfrutar de sus beneficios. De otro modo, se deja atrás a las minorías y comunidades marginadas.

14] Un área a la que podría adaptarse el progreso científico es la comunicación y tecnología electrónicas. Hoy en día, menos del 30% de la población mundial tiene acceso a internet y a la tecnología informática. El analfabetismo informático también es una barrera a la hora de conseguir un empleo. Existe por lo tanto la necesidad y, de hecho, la obligación según el derecho a los beneficios de la ciencia, de que las naciones ayuden a superar el coste de dicha tecnología de manera que sea accesible y adecuada para las comunidades afectadas por la pobreza. Han de desarrollarse e implementarse programas que tengan en cuenta la noción de “recursos disponibles” y que garanticen también que ningún segmento de la población sea excluido del disfrute de este derecho.

15] En los países con ingresos altos y medios deberían implementarse programas para garantizar que las comunidades indígenas, inmigrantes y rurales tengan acceso a la tecnología informática. En países donde el acceso a esta tecnología sea

muy reducido, los programas han de hacer uso de los recursos disponibles para incrementar el acceso y la disponibilidad generales. El **proyecto Hole-in-the-Wall**, por ejemplo, reacondiciona ordenadores viejos y los instala con acceso gratuito a internet en comunidades desfavorecidas de la India rural, permitiendo que sus habitantes adquieran conocimientos de informática e internet.⁶

16] El PIDESC también destaca la asistencia técnica internacional que debería utilizarse para reforzar el acceso de las naciones más pobres a los beneficios del progreso científico y apoyar la realización progresiva del derecho. Las naciones más ricas deberían desarrollar o apoyar el desarrollo de alternativas de bajo coste para las comunicaciones y la tecnología informática, con el fin de incrementar su uso en las naciones más pobres. Estos desarrollos se están llevando a cabo a nivel individual. Por ejemplo, el fundador y director del Laboratorio de Medios de Comunicación del Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT), Nicholas Negroponte, ha desarrollado un ordenador portátil con un coste de producción muy bajo. Este portátil incorpora un sistema de energía solar y otras tecnologías para reducir el coste del uso a fin de que las familias más pobres puedan acceder a la tecnología informática.⁷ El derecho a la ciencia defendería que se dieran pasos para establecer marcos nacionales y colaboraciones internacionales para garantizar y compartir tales desarrollos.

b. La ciencia y los principios de los derechos humanos

17] El derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico debe interpretarse y aplicarse de manera consistente con los principios fundamentales de los derechos humanos, tales como **el respeto a la dignidad humana, la no discriminación, la igualdad de género, la rendición de cuentas y la participación**, y prestando especial atención a las necesidades y situaciones de los grupos desfavorecidos y marginados.

18] La dignidad humana, en relación con la interpretación del derecho a los beneficios del progreso científico, puede utilizarse tanto como estándar para la investigación científica, con el fin de garantizar que se ha dado un consentimiento informado y autónomo, como para restringir las políticas científicas.⁸ Por tanto, los Gobiernos deberían evaluar las implicaciones que tienen el desarrollo y la disponibilidad de la ciencia y la tecnología para la **dignidad humana**. Tales evaluaciones deberían tener en cuenta los marcos de distribución de las contribuciones positivas y de protección frente a repercusiones dañinas o peligrosas. De hecho, la ciencia puede constituir un reto o una afrenta para la dignidad humana (por ejemplo, cuando se llevaron a cabo experimentos científicos con prisioneros políticos y civiles durante la Segunda Guerra Mundial).

19] Un área del progreso científico que ha recibido una atención internacional significativa es la investigación relacionada

4. Se puede acceder a la Declaración de Venecia sobre el Derecho a Disfrutar de los Beneficios del Progreso Científico y sus Aplicaciones a través de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), *The Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and Its Applications*, Francia: UNESCO (2009). (Informe de la Reunión de Expertos en Venecia).

5. Artículo 2(1) del PIDESC; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Observación General nº 17), párr. 25-27.

6. Para obtener más detalles sobre el Proyecto The Hole-in-the-Wall Project, véase www.hole-in-the-wall.com/abouthiwel.html.

7. Para consultar los detalles del proyecto, véase <http://one.laptop.org>.

8. A.R. Chapman, “Towards an understanding of the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications”, *Journal of Human Rights*, 8 (2009) pág. 12.

con el genoma humano. La sociedad civil y algunos gobiernos nacionales han expresado su profunda preocupación acerca de la posibilidad de que se den prácticas discriminatorias en la investigación y el desarrollo genético y en su entorno. En respuesta a esta preocupación creciente, la UNESCO preparó la **Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos**, con el fin de proporcionar parámetros para este nuevo terreno científico. La Declaración subraya la importancia de que toda investigación genética sea llevada a cabo respetando la dignidad humana y la libertad y cumpliendo los derechos humanos.

20] A la hora de defender el derecho a los beneficios del progreso científico, uno de los argumentos centrales es que este derecho requiere el ejercicio de la **precaución** cuando se investigan, desarrollan y distribuyen los descubrimientos científicos, a fin de evitar, en la medida de lo posible, que tengan lugar esos impactos negativos y dañinos que minan la dignidad de las personas, especialmente en comunidades ya marginadas.

21] El derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones requiere la igualdad de todas las personas, sin discriminación de ninguna clase. Así pues, lograr el acceso igualitario a la oportunidad de beneficiarse de la ciencia es básico para la realización de este derecho. Con el fin de ejercer el mismo de una manera **no discriminatoria**, han de tomarse tanto medidas protectoras que prohíban la discriminación como medidas activas tales como la discriminación positiva de grupos tradicionalmente excluidos de los descubrimientos científicos.

22] El Comité de la ONU ha proporcionado orientación explícita repetidamente, subrayando que se ha de buscar la realización de cada derecho humano prestando **especial atención a las mujeres, las minorías, las personas pobres, las indígenas, las comunidades rurales y remotas y demás grupos desfavorecidos**. Por lo tanto, el derecho a los beneficios del progreso científico ha de ser interpretado para garantizar que se presta especial atención a:

- (i) las necesidades de estos grupos en particular, especialmente al establecer las agendas de investigación
- (ii) garantizar el acceso y distribución de los beneficios y aplicaciones a estos grupos y
- (iii) la creación de oportunidades de participación e involucración de estos grupos en la ciencia, a nivel individual y comunitario.

23] Los **Premios L'Oréal UNESCO "la Mujer y la Ciencia"** promueven y reconocen la contribución de las mujeres al progreso científico. Desde 1998, se entregan anualmente cinco galardones a mujeres investigadoras destacadas que han contribuido al progreso científico. Los galardones alternan bianualmente entre ciencias naturales y materiales, a lo largo de cinco regiones (África y Oriente Medio, Asia-Pacífico, Europa, Latinoamérica y Caribe y Norteamérica). Además, se otorga una beca de dos años a quince jóvenes científicas que trabajan en proyectos de investigación ejemplares y prometedores. Asimismo, si el derecho a los beneficios del progreso científico ha de cumplirse de un modo no discriminatorio, se necesitan con urgencia programas específicos.

24] La **participación** es un elemento clave en todos los derechos humanos. Es un medio para empoderar a individuos y comunidades, así como una herramienta que incrementa la rendición de cuentas. En relación con el derecho a la ciencia, la participación se convierte en involucración social (como mínimo) a la hora de establecer prioridades y planificar el progreso científico. La UNESCO apoya el uso de una dinámica relacional más inclusiva para involucrar y empoderar a personas y comunidades en las decisiones sobre las prioridades y políticas de ciencia y tecnología. Tales cambios en la gobernanza social podrían hacer uso de avances científicos tales como las aplicaciones de internet y teléfono móvil para plantear y discutir cuestiones en un foro público, transparente y sujeto a la rendición de cuentas.

25] La gestión de recursos naturales es un campo contemporáneo y en rápida evolución, en el que la investigación científica es fundamental para las políticas públicas, las actuaciones empresariales y la calidad de vida de la que disfrutamos cada uno de nosotros y nosotras. La participación comunitaria es un fenómeno creciente que hace uso de una serie de instrumentos legales internacionales tanto de derechos humanos como de leyes ambientales. Una encarnación del principio de participación es el desarrollo de un **consentimiento previo, libre e informado** como requisito previo a que se lleven a cabo desarrollos o actividades industriales en tierras indígenas. Sin embargo, hay que examinar y proteger la calidad de la participación comunitaria. La magnitud del uso y la gestión de los recursos naturales a lo largo y ancho del globo no debería distraernos de los esfuerzos que se centran en los detalles de la promulgación local de los derechos humanos en un contexto medioambiental.

26] El derecho a los beneficios del progreso científico podría jugar un papel de protección a la hora de asegurar una implicación comunitaria significativa en la gestión de los recursos naturales, garantizando que las comunidades obtengan acceso a los últimos conocimientos científicos que arrojan luz sobre el impacto de la minería del carbón, minerales o diamantes, de las perforaciones petrolíferas o la tala de bosques densos de alta absorción de carbono. Un desarrollo de este tipo reforzaría los argumentos en favor de la precaución ante actuaciones cortoplacistas de rápido desarrollo industrial cuyas consecuencias ambientales son inciertas.

c. Integración de los derechos humanos en la estrategia de la ciencia

27] En términos generales, es propio de la naturaleza de la investigación científica de base orientar la ciencia hacia la búsqueda del conocimiento en sí mismo y no tener como objetivo la mejora de la humanidad.⁹ Sin embargo, dentro del paradigma de derechos humanos, puede darse una reorientación de las ciencias hacia la consideración de las personas desfavorecidas. La comunidad internacional ya ha adquirido el compromiso de implicarse para dar fin a la discriminación y para realizar los derechos humanos a través de la Carta de

9. A.R. Chapman, "Towards an understanding of the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications", *Journal of Human Rights*, 8 (2009) pág. 7.

la ONU y otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Siempre que todos los principios rectores establecidos por la investigación y el desarrollo científicos respeten las necesidades de la libertad científica, es decir, las libertades de circulación, asociación, expresión y comunicación (todas las cuales son derechos humanos respetados y protegidos en y por sí mismos), así como el acceso a datos, información y materiales de investigación, entonces el derecho a la ciencia tendrá una influencia positiva en el rediseño de la forma en la que progresa el mundo.

28] En la era moderna, la investigación científica está dividida entre instituciones de financiación pública y empresas privadas, y la mayor parte de la investigación y el desarrollo se da en las grandes empresas. Esta estructura deja fuera las necesidades de las personas pobres y otros grupos marginados. El mero coste de la investigación y el desarrollo ha sido un factor motor de la industrialización de la ciencia, que ha visto cómo han descendido las contribuciones estatales a la ciencia, se han estabilizado o han descendido para pasar a menudo a centrarse en los desarrollos militares. Consecuentemente, el secreto y los derechos de propiedad han ido cobrando cada vez mayor importancia en el mundo de la ciencia. Investigaciones críticas en materia de salud, agricultura, gestión ambiental y desarrollo de tecnologías adecuadas se han descuidado porque no representan fines lucrativos. El derecho a los beneficios del progreso científico debería ser interpretado para dar prioridad a la investigación de aplicaciones que ayuden a las personas desfavorecidas y contribuyan a luchar contra la pobreza.

29] Incorporar los derechos humanos a las estrategias del pensamiento innovador no es tan difícil como parece a primera vista. Los principales requisitos son conciencia y tiempo. Por ejemplo, los ingenieros de Google deben pasar el 20% de su tiempo trabajando en cosas que les apasionen.¹⁰ Si dedicarían tan sólo el 5% de este tiempo a proyectos que pudieran contribuir a la promoción de los derechos humanos, entonces quizás el avance tecnológico sería más aplicable, disponible y adecuado para las personas pobres y desfavorecidas del mundo. Las posibilidades de lograrlo aumentarían si tales proyectos se extendieran por todas las profesiones científicas.

30] A un nivel global, la implementación del derecho a los beneficios del progreso científico requiere la introducción de los derechos humanos en las estrategias de elaboración de las agendas de investigación y desarrollo científicos. Actualmente, los presupuestos nacionales de los estados del Sur Global son pequeños y dependen con frecuencia de ayudas para poner en marcha programas sociales. Estas naciones no tienen medios para invertir en la infraestructura, la formación técnica y el capital educativo y humano que precisa la investigación científica de alto nivel. La implementación del derecho a escala global significaría que las naciones surasiáticas y africanas –previsiblemente las más afectadas por la progresiva escasez de agua y los crecientes niveles de desertización y salinización de las tierras de cultivo– tendrían derecho a las tecnologías desarrolladas, lo que contribuiría a reducir sus problemas ambientales. Es más, conforme a este derecho, deberían moderarse las restricciones de la propiedad

intelectual de dichas tecnologías para permitir su acceso gratuito o a bajo coste, como imperativo general de los derechos humanos, lo que permitiría que su uso inmediato quedara por encima de los derechos de propiedad de sus creadores o creadoras.

31] Ya se ha dado una traducción de las promesas de los derechos humanos en objetivos científicos en relación con la implementación de las agendas para los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM). El ODM 7(c), reducir a la mitad la proporción de personas sin acceso sostenible al agua potable y a servicios básicos de saneamiento, representa uno de estos ejemplos.¹¹ Establecer agendas similares en relación con el abanico más amplio de los derechos humanos es un paso necesario para guiar los proyectos de desarrollo. Por ejemplo, una meta plausible relacionada con los fondos de ayuda para la salud sería que el derecho a los beneficios del progreso científico dictara que se eligieran vacunas que no requieran cadena de frío para su almacenamiento antes que aquellas vacunas que requieren refrigeración controlada y continua.

32] La libertad científica no es, ni ha sido nunca absoluta; actualmente, está restringida por la ley de la Propiedad Intelectual (PI), por imperativos económicos y por el poder político. Las restricciones sobre las investigaciones de la ciencia y las motivaciones tras el progreso científico están apartando la investigación y el desarrollo de la integración de los derechos humanos en sus estrategias, con los resultados consiguientes.

3. OBLIGACIONES BÁSICAS

33] En relación con el derecho al disfrute de los beneficios del progreso científico, las obligaciones básicas mínimas están basadas en la política científica, la gestión legal y social de las fuentes de conocimiento y la identificación de la rendición de cuentas por violaciones. Otros derechos económicos, sociales y culturales pueden agruparse por las obligaciones estatales de **respetar, proteger y cumplir**. Esta tricotomía de obligaciones incluye tanto aspectos nacionales como internacionales.

34] Todas las leyes, instituciones, oficinas y delegaciones de los Estados Partes de los tratados de derechos humanos están sujetos a la obligación de **respetar** dichos derechos. A este respecto, aquellos Estados que han ratificado el PIDESC deben garantizar que sus leyes y políticas respetan la libertad necesaria para que la investigación científica se lleve a cabo tanto individual como colectivamente. Cualquier injerencia del gobierno que restrinja o construya ideológicamente la investigación debería limitarse a promover la búsqueda de aplicaciones socialmente beneficiosas, y es necesario que cumpla los principios generales prescritos para imponer limitaciones a un derecho humano. La injerencia/restricción ha de:

- (i) estar prescrita por ley
- (ii) ser necesaria en una sociedad democrática

10. Google Corp, 2009, información obtenida en internet.

11. Véase www.un.org/spanish/millenniumgoals/.

- (iii) cumplir objetivos específicos como la protección de la moral pública, la seguridad pública o la seguridad nacional, y
- (iv) ser una respuesta proporcionada impuesta de la manera menos intrusiva posible.¹²

35] Cualquier medida que impida dar a conocer la investigación porque genera un conflicto con las decisiones políticas del Estado constituiría una **violación** del derecho a la ciencia. Un ejemplo de tal comportamiento se dio en México cuando el gobierno intentó impedir la publicación de una investigación que expresaba reservas ambientales respecto de los vertidos tóxicos que ocurrían bajo los auspicios del Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).¹³

36] La libertad de comunicación entre científicos y científicas es esencial para el progreso científico. Los ordenadores y la comunicación electrónica han incrementado enormemente la capacidad de comunicación de la comunidad científica, aunque a veces sea necesario viajar físicamente. Tanto los gobiernos autoritarios como los democráticos han pecado por igual de denegar el permiso de salida o entrada de científicos y científicas a su país. Esto impide la presentación de puntos de vista científicos en reuniones y conferencias y anula la colaboración entre científicos y científicas de diferentes instituciones de investigación. Un ejemplo de esta situación sería la hostilidad y las dificultades que han encontrado los científicos y científicas cubanas a la hora de conseguir permiso para entrar en los Estados Unidos.¹⁴

37] Un aspecto más controvertido del control de la investigación y el progreso científicos es el papel que juega la normativa de la propiedad intelectual (PI) a la hora de restringir el intercambio de datos y frustrar la innovación cooperativa. El impacto / influencia negativa que tienen las leyes de PI sobre los derechos humanos conforma un debate en curso. Tal debate es complicado por el coste de la investigación científica que, en la sociedad contemporánea, cubre predominantemente el sector privado, y por la importancia que la comunidad internacional da a las actividades comerciales internacionales privadas como medio de desarrollo económico. Como mínimo, sin embargo, la ley debería sostener que los derechos de PI, que no son absolutos, no pueden implementarse de forma que viole los derechos humanos.¹⁵

38] La obligación de **proteger** se aplica tanto a **actos de comisión** como a **actos de omisión**. Consecuentemente, un Estado está obligado a no cometer actos que violen el derecho a la ciencia, pero también a tomar medidas para evitar que terceros cometan tal violación. La obligación del Estado de proteger contra el desarrollo de aplicaciones dañinas del conocimiento científico o la utilización de la ciencia en detrimento de los derechos humanos, las libertades fundamentales o la dignidad humana,¹⁶ parece simple y poco controvertida a primera vista. Sin embargo, los aspectos prácticos relativos a este deber re-

sultan más complicados a la hora de determinar cómo aplicarlo a tecnologías inherentemente dañinas tales como el armamento y otro tipo de maquinaria militar.

39] La obligación básica de proteger podría por tanto necesitar la promulgación del principio de precaución. “La precaución es una estrategia para afrontar riesgos ... [que] requiere la capacidad de identificar peligros y oportunidades, prever escenarios y sus consecuencias asociadas, y tomar medidas preventivas para gestionar las causas antes de que aparezcan los resultados adversos.¹⁷ En resumen, la precaución requiere la contemplación, evaluación y planificación de todos los escenarios adversos y, allí donde hay mayor probabilidad de resultados negativos, busca restringir y corregir comportamientos. En consecuencia, el derecho al progreso científico podría requerir realizar declaraciones de compatibilidad o evaluaciones de las implicaciones para los derechos humanos antes de llevar a cabo investigaciones científicas y operaciones de desarrollo.

40] El cumplimiento del derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico requiere antes que nada un compromiso explícito con el desarrollo de la ciencia y la tecnología para el beneficio de la humanidad. A este respecto, un Estado podría recurrir a **la Declaración de Venecia**. Un Estado podría así adoptar marcos legales y políticos que promovieran la difusión de la ciencia y sus aplicaciones. En este punto aparecen de nuevo las obligaciones transnacionales contenidas en el derecho a la ciencia. La creencia de que la ciencia debería utilizarse con fines beneficiosos para todas las personas es la base del derecho al disfrute del progreso científico y sus aplicaciones, y crea un objetivo común. Es un objetivo acordado indirectamente por todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas al comprometerse con las metas de promover la paz, el desarrollo, mejores niveles de vida y el respeto universal de los derechos humanos de la Carta de la ONU. Los Estados que han ratificado el PIDESC han acordado directa y explícitamente trabajar para lograr este objetivo.

41] La obligación básica de **cumplir** requiere que se realicen esfuerzos significativos de cooperación entre naciones, regiones y los sectores privado y público. Los principios fundamentales de derechos humanos de participación, no discriminación y protección ante el abuso y efectos adversos ha de conformar la implementación del derecho a los beneficios del progreso científico. Ha de prestarse atención a todos los agentes, especialmente a las necesidades de los más vulnerables, que a menudo sufren en desigualdad los efectos dañinos causados por el progreso y la tecnología. Por lo tanto, el diseño de programas de ayuda al desarrollo debe incorporar un acceso garantizable a los beneficios de las tecnologías científicas. Bajo estas obligaciones se puede argumentar que las empresas deberían proporcionar a las comunidades pobres tecnologías beneficiosas a su valor de coste, o facilitar la información científica necesaria para una producción genérica.

42] Las **obligaciones transnacionales** y la influencia extra-territorial del derecho al progreso científico pueden utilizarse como guía no sólo para las agendas de investigación de la ciencia ambiental y el cambio climático, sino también para

12. Artículo 4 del PIDESC; Observación General n° 17, párr. 22.

13. Audrey R. Chapman, “Towards an understanding of the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications”, *Journal of Human Rights*, 8, pág. 1–36 (2009).

14. Para más información, véase: <http://shr.aaas.org/rtt/report/one.htm>.

15. Observación General n° 17, párr. 2.

16. Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico (1975), Artículo 8.

17. J.B. Wiener, ‘Precaution’, en D. Bonansky, J. Brunnée y E. Hey (eds.) *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford: Oxford University Press (2007). pág. 598.

dirigir la distribución de las tecnologías desarrolladas para abordar los problemas. El derecho a los beneficios del progreso científico es una dilucidación del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas a partir de los derechos humanos. Refleja la realidad de que no todas las naciones tendrán los recursos y ventajas del progreso científico que les ayudarían a aliviar las cargas de las dificultades ambientales y a realizar los derechos humanos. Por ello, es necesario que este derecho prevalezca sobre las leyes y la normativa nacionales sobre patentes y PI cuando las innovaciones/tecnologías aplicables sean esenciales para evitar o paliar los fallos de derechos humanos dentro del contexto ambiental.

43] Estos problemas tienen un impacto desproporcionado en las personas pobres, que son los que menos medios tienen para adaptarse o desarrollarse. Además, se espera que los problemas ambientales vayan en aumento y no parece que puedan resolverse con rapidez. Así pues, es necesario hacer inversiones significativas en el ámbito de las ciencias ambientales, tanto financieras como políticas. Desde un **enfoque basado en los derechos humanos**, es imperativo que la agenda se establezca desde una perspectiva basada en las necesidades, a fin de dar prioridad a quienes no tienen posibilidad de moverse de tierras estériles, o que no tienen recursos para conseguir alimento, agua, refugio o ingresos por ningún otro medio que no sean las tierras en las que viven.

44] Tal acción es reflejo de las obligaciones de proteger y cumplir el derecho al progreso científico. Una comprensión dinámica del derecho a la ciencia, que abarque las verdades financieras y ambientales contemporáneas, reconoce las diferencias entre las contribuciones que las diversas naciones y comunidades pueden prestar al progreso científico; sin embargo, todas ellas son parte de un objetivo común – el progreso de la humanidad.

OBLIGACIONES BÁSICAS

Respetar:

- Respetar y permitir las libertades indispensables para la investigación científica
- Respetar la autonomía científica y académica
- Respetar y permitir la colaboración científica
- Garantizar que se toman medidas para minimizar la utilización de la ciencia de forma inconsecuente con el disfrute de otros derechos humanos.

Proteger:

- Prohibir aquellos actos de comisión y omisión que violen el derecho a la ciencia
- Regular el comportamiento de terceros en el campo de la investigación científica para proteger contra la explotación a las personas participantes en la investigación
- Requerir el consentimiento previo, libre e informado de todas las personas participantes en la investigación
- Reconocer que los riesgos que presentan las tecnologías varían entre y dentro de las diferentes sociedades
- Reconocer que la globalización trae consigo implicaciones significativas para los esfuerzos científicos y considerar cómo garantizar una distribución más equitativa de sus beneficios y cómo minimizar los impactos negativos que afectan a aquellas comunidades en situación de pobreza.

[Obligaciones Básicas]

Cumplir:

- Adquirir compromisos explícitos con el derecho a la ciencia y adoptar un marco político para promover la difusión equitativa de la ciencia y la tecnología
- Desarrollar planes nacionales para reorientar las agendas de investigación y desarrollo científicos
- Priorizar las necesidades de las personas pobres y desfavorecidas
- Establecer y garantizar programas sólidos e inclusivos de educación científica
- Permitir que la ciencia se comprometa positivamente con todos los sectores de la sociedad.

4. DERECHOS HUMANOS

45] La **Declaración de Viena** afirmó que todos los derechos humanos son “universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí”.¹⁸ El derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico está íntimamente relacionado con una serie de otros derechos humanos. Para que se den la investigación y el progreso científicos, se ha de garantizar la libertad académica y científica junto con la libertad de expresión y el derecho a buscar, recibir y difundir información. Un ejemplo de violación de estos derechos se dio en Serbia en 1998, cuando el Parlamento Serbio promulgó una ley que daba al gobierno el control del nombramiento de rectores, decanos y juntas de gobierno de todas las universidades públicas sin participación alguna del claustro universitario. Todos los miembros de las facultades tuvieron que firmar nuevos contratos, incluso aquellos con puestos fijos, anulándose los acuerdos laborales existentes. Los y las académicas que expresaron opiniones críticas o se opusieron al gobierno fueron destituidos sumariamente.

46] La importancia e influencia de los procesos y modos de pensar de la investigación científica son primordiales en el mundo de hoy. El derecho a la ciencia y el derecho a la educación rigen la disposición de oportunidades efectivas de acceso a la educación y las instituciones científicas para aquellos individuos con una posición social desfavorecida. A nivel individual y educativo deberían darse pasos agresivos para garantizar que todos los y las estudiantes de ciencia estén informados y formados para comprender la complejidad del vínculo entre la ciencia y los derechos humanos. Un número pequeño de escuelas científicas ha iniciado programas de este tipo, por ejemplo, el curso “Ciencia al servicio de los Derechos Humanos” organizado por la Universidad de Princeton.¹⁹

47] El derecho al desarrollo también está íntimamente ligado al derecho a la ciencia. Un ejemplo básico es el saneamiento,

18. Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993, párr. 5.

19. Se puede consultar el programa del curso en http://shr.aaas.org/coalition/syllabi/general/Claude_2002.pdf.

cuya prestación aumentada se ha establecido en el OMD 7 (c). La ciencia y la tecnología pueden jugar un papel principal a la hora de abordar las dificultades de saneamiento. La investigación y el desarrollo implicados en las ciencias naturales, la ingeniería, las energías renovables y los servicios del agua pueden proporcionar aplicaciones científicas que mejoren la eliminación y el tratamiento de excrementos y que también minimicen el consumo de agua en instalaciones de saneamiento mejoradas, especialmente a medida que aumenta la escasez de agua. La investigación y desarrollo llevada a cabo por las empresas para el tratamiento y la purificación de aguas residuales, es un claro ejemplo de los ámbitos en los que la cooperación con los programas gubernamentales podría contribuir enormemente a una rápida mejora de la gestión y el uso del agua a nivel mundial. Un mejor saneamiento conlleva una población más sana que puede disponer de más tiempo para contribuir económicamente a la comunidad, en lugar de estar luchando contra las enfermedades.

► LA SALUD, EL VIH-SIDA Y EL PROGRESO CIENTÍFICO

El derecho a la salud está estrechamente vinculado a la realización del derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones. Este derecho humano es quizás el menos conocido de todos, pero, paradójicamente, es cada vez más pertinente en nuestra sociedad, impulsada por la tecnología. Muchos desarrollos importantes de la biotecnología, la bioética y la biología han mejorado técnicas para prevenir, tratar o curar una amplia variedad de enfermedades. Sin embargo, estos desarrollos han dejado de lado enfermedades que afectan primordialmente a personas que viven en pobreza en los países en vías de desarrollo.

En relación con el derecho a la salud, el PIDESC impone a los Estados la obligación de tomar las medidas necesarias para: “la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas” (Artículo 12 (2)(c)). Y para hacer efectivo el derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico, los Estados tienen la obligación de: “adoptar las medidas necesarias para para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.” (Artículo 15). Por tanto, se pide a los Estados que apoyen el desarrollo y la difusión de la ciencia para prevenir, tratar y controlar enfermedades y para dar acceso a medicamentos esenciales, de manera que se cumplan ambos derechos humanos. Esto incluye el papel del sector privado y las compañías farmacéuticas que tienen una responsabilidad social empresarial (RSE) con el fin de garantizar un desarrollo económico sostenible. En relación con la gestión del VIH-SIDA, por ejemplo, las medidas tomadas para incrementar la disponibilidad y accesibilidad de medicamentos y la conciencia del problema del VIH-SIDA son indispensables para fortalecer dicha conciencia y la aceptación de esta enfermedad, a fin de mejorar la calidad de vida de quienes la padecen y facilitar y reforzar el compromiso de la industria farmacéutica con soluciones innovadoras que luchen contra ella.

Puede mencionarse diversa jurisprudencia a este respecto. El Tribunal de la República Bolivariana de Venezuela concedió un recurso de *amparo* e indicó la existencia de una violación del derecho a la salud y del derecho a beneficiarse del progreso científico y sus aplicaciones en un caso relacionado con personas que padecían VIH-SIDA y que no tenían seguridad social ni capacidad económica para adquirir por sí mismos una medicación especial (*Cruz Valle Bermúdez y otros c. MSAS s/ amparo, 1999, Expediente n° 15.789 Sentencia n° 196*). El Tribunal ordenó al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social (MSAS) que suministrara medicamentos regularmente a la parte recurrente y ordenó desarrollar una política preventiva y corregir la asignación presupuestaria que debían recibir las personas con VIH-SIDA.

[La Salud, el VIH-SIDA y el Progreso Científico]

A consecuencia de esta decisión y basándose en la decisión posterior en el caso *López Glenda y otros c. el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) s/ acción de amparo, 2001, Expediente 00-1343, Sentencia N° 487*, se modificó la política sanitaria de Venezuela.

48] También existen vínculos obvios con el derecho a la alimentación y el derecho a la salud. El boom de la biomedicina y la bioagricultura, que ha captado gran parte de la investigación y el desarrollo científicos durante las dos últimas décadas, ha de equilibrarse y modificarse desde la perspectiva de los derechos humanos para garantizar que el progreso científico no compromete nuevamente la dignidad humana. Este “bioboom” ha dado como resultado el rápido crecimiento del número de patentes sobre plantas, información genética y otros datos microorgánicos. Un segmento de negocio se ha implicado en la bioprospección con la ayuda de algunos científicos y científicas, buscando descubrir el próximo remedio natural para las quemaduras del sol o un “revitalizante” para el cabello seco y dañado. También se ha acuñado el término “biopiratería” para describir el empleo de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, que abarca posibles usos de plantas, otros objetos naturales y el ADN para su explotación comercial sin que se haya dado el consentimiento adecuado o abonado una compensación apropiada.²⁰

49] La experiencia de los pueblos indígenas del Amazonas en relación con la patente de la planta sagrada yagé destaca el problema de cómo la normativa de la propiedad intelectual a veces inhibe el disfrute de beneficios directos e indirectos de la ciencia. Más aún, puede afirmarse que la normativa de la PI (de esta forma) permite la violación de derechos humanos tales como la privacidad y la no discriminación, dado que no contemplan la propiedad colectiva. En 1996, se concedió a Loren Miller (un investigador científico) una patente sobre la planta de yagé tras demostrar las diferencias entre su ejemplar de la planta y una variedad que crecía de manera natural en Hawái. Sin embargo, la International Plan Medicine Corporation de los Estados Unidos de América, que había emitido la patente, no estaba informada de que los pueblos de la Amazonia habían estado cultivando la variedad “inventada” por Miller durante generaciones.²¹

50] El derecho a los beneficios del progreso científico también es básico para desarrollar medios para afrontar y superar los retos y dilemas ambientales que van surgiendo de manera creciente por todo el globo. Los litigios relacionados con los derechos humanos y el medio ambiente son muy vanguardistas en sus esfuerzos por garantizar la protección de la dignidad humana y el equilibrio ambiental. La defensa en justicia de los derechos económicos, sociales y culturales, así como las consideraciones ambientales resultan difíciles de garantizar y lentas en su avance.

20. A. Jacanimijoy, “Iniciativas para la protección de los derechos de los titulares del conocimiento tradicional, las poblaciones indígenas y las comunidades locales”, Doc. de la ONU WIPO/INDIP/RT/98/4E, 15 de julio de 1998.

21. R.P. Claude, “Scientists’ Rights and the human right to the benefits of science”, en A.R. Chapman y S. Russell (eds) *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Amherst y Oxford: Intersentia (2002), pág. 255.

51] El desarrollo de las **Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales**²² ayudó enormemente a proporcionar una guía para estructurar las demandas de derechos económicos, sociales y culturales. Combinar los derechos humanos con las preocupaciones ambientales ha resultado ser una buena herramienta de litigio, al aportar a los tribunales pruebas científicas para establecer la causa y adjudicar responsabilidades en las violaciones de derechos humanos provocadas por cambios climáticos. En su informe sobre la relación entre los derechos humanos y el cambio climático, el Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos (ICHRP) dijo que: *Los pleitos llaman la atención sobre efectos dañinos que, de otro modo, podrían escapar al interés de la atención pública, ponen nombre y cara al sufrimiento de individuos que, de otro modo, permanecería en el ámbito de lo abstracto y proporciona ímpetu y expresión a las personas más afectadas por los perjuicios del cambio climático. Pueden por tanto movilizar la opinión pública en apoyo de un cambio de política.*²³

52] Cada vez se llevarán ante los tribunales más casos relacionados con el impacto humano de los efectos del cambio climático. Esto obligará a los tribunales a tener en cuenta la ciencia ambiental y sus derechos humanos. Las personas solicitantes identificarán las decisiones políticas de los gobiernos como actos que causaron o contribuyeron al daño del que buscan alivio.

53] El caso internacional que ha liderado este área es el **Caso Inuit**.²⁴ Una coalición de pueblos Inuit de Canadá y los Estados Unidos llevaron este caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La petición fue presentada en diciembre de 2005, y reclamaba “el alivio de las violaciones de los derechos humanos resultantes del impacto del calentamiento global y el cambio climático causados por actos y omisiones de los Estados Unidos”.²⁵ La causalidad fue la cuestión central durante la audiencia de la petición. Si quería tener éxito, la parte demandante tenía que probar que la política gubernamental permitió y contribuyó al cambio climático – una alegación compleja. El conocimiento científico sería esencial para probar dicha causalidad. Durante la audiencia pública, los miembros de la Comisión interrogaron repetidamente al abogado de la parte demandante sobre la forma en la que se podría determinar la responsabilidad de un Estado en concreto, cuando otros Estados actuaron de modo similar. En efecto, esta línea de interrogatorio buscaba la determinación de la cadena causal y orientación sobre la atribución de culpas. Las pruebas científicas son vitales a la hora de establecer el equilibrio de probabilidades en tales determinaciones y atribuciones.

54] El derecho a disfrutar de los beneficios del progreso cien-

tífico es importante para establecer, en palabras del ICHR, “las cadenas causales complejas que subyacen bajo los daños del cambio climático”.²⁶ Es necesario proteger la libertad de la investigación y la información científicas. El ICHRP indicó que, a pesar de no tener éxito, *el caso Inuit sugiere que los tribunales de derechos humanos podían utilizar los principios generales de los litigios de responsabilidad civil delictiva o de derechos civiles como han hecho en otras cuestiones. Por ejemplo, es común en los litigios ambientales en los que hay numerosos contaminadores, que el tribunal traslade la carga de la prueba y haga responsable a la parte demandada a menos que ésta pueda mitigar su responsabilidad probando la responsabilidad proporcional de los demás autores del delito. Según las teorías de responsabilidad solidaria, en algunas circunstancias, cada autor es responsable de la totalidad del daño causado. Tales doctrinas sirven para disuadir a todos y todas de contaminar y para garantizar una mayor posibilidad de conseguir reparaciones para las víctimas.*²⁷

Esto demuestra también cómo el conocimiento científico es vital para comprender el impacto de la humanidad en el medio ambiente y para asignar responsabilidades por el daño causado.

5. ESTRATEGIAS DE DEFENSA EN JUSTICIA

55] La implementación del derecho a la ciencia afronta una serie de obstáculos que contribuyen a las dificultades que ya tiene la obtención de su defensa en justicia. La ausencia de una definición aceptada es crucial en esta cuestión. Por tanto, es necesario construir un corpus que proporcione orientación acerca de cómo se debe definir e interpretar este derecho. Con este fin, se sugieren las siguientes acciones:

- a. Propugnar una jornada de discusión general y que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU desarrolle y publique una Observación General sobre el derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico.
- b. Solicitar a las agencias especializadas, tales como la FAO, la OIT, la OCDE, la PNUD, la PNUMA, UNICEF, la OMS, la OMPI y otras agencias regionales que emitan opiniones o declaraciones sobre la relación del derecho a los beneficios del progreso científico con su ámbito de competencia.
- c. Solicitar directivas y explicaciones a la Unión Europea, la OMC y otras asociaciones de comercio sobre la aplicación del derecho a los beneficios del progreso científico a través de sus acuerdos comerciales.
- d. Propugnar, en todos los niveles de gobernabilidad, políticas, planes y estrategias financieras macro y microeconómicas que

22. Directrices de Maastricht sobre las Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 26 de enero de 1997.

23. Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, *Climate Change and Human Rights a Rough Guide*, Vernier: ATAR Roto Press (2008).

24. Petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitando el alivio de las violaciones resultantes del calentamiento global causado por actos y omisiones de los Estados Unidos, presentada por Sheila Watt-Cloutier, con el apoyo de la Conferencia Circumpolar Inuit, en nombre de todos los pueblos Inuit de las Regiones Árticas de los Estados Unidos y Canadá (7 de diciembre de 2005). Se puede encontrar esta petición en la dirección: http://earthjustice.org/sites/default/files/library/legal_docs/petition-to-the-inter-american-commission-on-human-rights-on-behalf-of-the-inuit-circumpolar-conference.pdf (consultada el 25 de julio de 2012).

25. Ibid.

26. Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, *Climate Change and Human Rights a Rough Guide*, (2008), pág. 43.

27. Ibid. pág. 41.

tengan expresamente en cuenta las implicaciones del progreso científico y tecnológico en las sociedades y entre ellas.

56] La sociedad civil, especialmente las personas involucradas en el apoyo a la salud, el agua, la vivienda, la educación, la libertad de comunicación y el desarrollo sostenible, puede llamar la atención sobre el derecho a los beneficios del progreso científico como derecho humano – en lugar de verlos como beneficios accesibles sólo para quienes pueden pagarlos. Se recomiendan las siguientes acciones:

- a. Ejercer presión sobre las operaciones de investigación y desarrollo científicos, tanto públicas como privadas, para priorizar las necesidades de las personas pobres y marginadas en todas las agendas científicas y para garantizar una participación sustantiva de la comunidad.
- b. Animar a las instituciones educativas para que proporcionen clases básicas de ciencia y discutan la relación entre la ciencia y los derechos humanos.
- c. Crear asociaciones con instituciones científicas para permitir una participación sustantiva de la comunidad en la investigación y el desarrollo.
- d. Generar conciencia sobre el importante papel que juega la ciencia en el desarrollo y el abordaje del cambio climático, y propugnar la inclusión de los derechos humanos en las estrategias de diseño y puesta en marcha de cualquier programa de ayuda e investigación.
- e. En el contexto de la elaboración de informes alternativos para órganos creados en virtud de un tratado, plantear cuestiones relativas a las violaciones o inquietudes en torno a la implementación del derecho a los beneficios del progreso científico.

EJERCICIOS

- 1) ¿Cómo se puede desarrollar un método integrado para atajar la urgencia de un enfoque común sobre la responsabilidad para compartir los beneficios del progreso científico? Justifique su respuesta.
- 2) ¿Cómo se puede equilibrar la complejidad del acceso y el intercambio del progreso científico y sus aplicaciones con la escasez de recursos? Justifique su respuesta.
- 3) ¿Cómo se puede lograr el equilibrio entre los regímenes de la propiedad intelectual, especialmente la protección de la propiedad intelectual, y la necesidad de animar y desarrollar la cooperación internacional en el terreno científico?

ANEXOS:

– 107 –

Protocolo Facultativo del PIDESC

– 113 –

Formulario de envío a la UNESCO para profesionales y ONG que quieran completar, añadir o actualizar información

PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Resolución A/RES/63/117 adoptada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 2008

La Asamblea General,

Tomando nota de la aprobación por el Consejo de Derechos Humanos, en virtud de su resolución 8/2, de 18 de junio de 2008, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

1. **Aprueba** el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo texto figura como anexo de la presente resolución;
2. **Recomienda** que el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales quede abierto a la firma en una ceremonia de firma que se celebrará en 2009, y pide al Secretario General y a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que presten la asistencia necesaria a tal efecto.

Preámbulo

Los Estados Partes en el presente Protocolo,

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,

Señalando que la Declaración Universal de Derechos Humanos¹ proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición,

Recordando que la Declaración Universal de Derechos Humanos y los pactos internacionales de derechos humanos² reconocen que no puede realizarse el ideal del ser humano libre y liberado del temor y de la miseria a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona disfrutar de sus derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales,

Reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales,

Recordando que cada uno de los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante denominado el Pacto) se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto,

Considerando que, para asegurar mejor el logro de los propósitos del Pacto y la aplicación de sus disposiciones, sería conveniente facultar al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante denominado el Comité) para desempeñar las funciones previstas en el presente Protocolo,

Ha convenido en lo siguiente:

1. Resolución 217 A (III).

2. Resolución 2200 A (XXI), anexo.

Artículo 1 Competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones

1. Todo Estado Parte en el Pacto que se haga Parte en el presente Protocolo reconocerá la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones conforme a lo dispuesto en el presente Protocolo.
2. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo.

Artículo 2 Comunicaciones

Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Para presentar una comunicación en nombre de personas o grupos de personas se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento.

Artículo 3 Admisibilidad

1. El Comité no examinará una comunicación sin antes haberse cerciorado de que se han agotado todos los recursos disponibles en la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente.
2. El Comité declarará inadmisibles toda comunicación que:
 - (a) No se haya presentado en el plazo de un año tras el agotamiento de los recursos internos, salvo en los casos en que el autor pueda demostrar que no fue posible presentarla dentro de ese plazo;
 - (b) Se refiera a hechos sucedidos antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para el Estado Parte interesado, salvo que esos hechos hayan continuado después de esa fecha;
 - (c) Se refiera a una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité o haya sido o esté siendo examinada con arreglo a otro procedimiento de examen o arreglo internacional;
 - (d) Sea incompatible con las disposiciones del Pacto;
 - (e) Sea manifiestamente infundada, no esté suficientemente fundamentada o se base exclusivamente en informes difundidos por los medios de comunicación;
 - (f) Constituya un abuso del derecho a presentar una comunicación, o
 - (g) Sea anónima o no se haya presentado por escrito.

Artículo 4 Comunicaciones que no revelen una clara desventaja

De ser necesario, el Comité podrá negarse a considerar una comunicación que no revele que el autor ha estado en situación de clara desventaja, salvo que el Comité entienda que la comunicación plantea una cuestión grave de importancia general.

Artículo 5 Medidas provisionales

1. Tras haber recibido una comunicación y antes de pronunciarse sobre su fondo, en cualquier momento el Comité podrá dirigir al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales que sean necesarias en circunstancias excepcionales a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación.
2. El hecho de que el Comité ejerza las facultades discrecionales que le confiere el párrafo 1 del presente artículo no implica juicio alguno sobre la admisibilidad ni sobre el fondo de la comunicación.

Artículo 6 Transmisión de la comunicación

1. A menos que el Comité considere que una comunicación es inadmisibles sin remisión al Estado Parte interesado, el Comité pondrá en conocimiento del Estado Parte, de forma confidencial, toda comunicación que reciba con arreglo al presente Protocolo.
2. En un plazo de seis meses, el Estado Parte receptor presentará al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en que se aclare la cuestión y se indiquen, en su caso, las medidas correctivas que haya adoptado el Estado Parte.

Artículo 7 Solución amigable

1. El Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de las partes interesadas con miras a llegar a una solución amigable de la cuestión sobre la base del respeto de las obligaciones establecidas en el Pacto.
2. Todo acuerdo sobre una solución amigable pondrá fin al examen de una comunicación en virtud del presente Protocolo.

Artículo 8 Examen de las comunicaciones

1. El Comité examinará las comunicaciones que reciba en virtud del artículo 2 del presente Protocolo a la luz de toda la documentación que se haya puesto a su disposición, siempre que esa documentación sea transmitida a las partes interesadas
2. El Comité examinará en sesiones privadas las comunicaciones que reciba en virtud del presente Protocolo.
3. Al examinar las comunicaciones recibidas en virtud del presente Protocolo, el Comité podrá consultar, según convenga, la documentación pertinente procedente de otros órganos, organismos especializados, fondos, programas y mecanismos de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales, incluidos los sistemas regionales de derechos humanos, y cualesquiera observaciones y comentarios del Estado Parte interesado.
4. Al examinar las comunicaciones recibidas en virtud del presente Protocolo, el Comité considerará hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado Parte de conformidad con la parte II del Pacto. Al hacerlo, el Comité tendrá presente que el Estado Parte puede adoptar toda una serie de posibles medidas de política para hacer efectivos los derechos enunciados en el Pacto.

Artículo 9 Seguimiento de las observaciones del Comité

1. Tras examinar una comunicación, el Comité hará llegar a las partes interesadas su dictamen sobre la comunicación, junto con sus recomendaciones, si las hubiere.
2. El Estado Parte dará la debida consideración al dictamen del Comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito que incluya información sobre toda medida que haya adoptado a la luz del dictamen y las recomendaciones del Comité.
3. El Comité podrá invitar al Estado Parte a presentar más información sobre cualesquiera medidas que el Estado Parte haya adoptado en respuesta a su dictamen o sus recomendaciones, si las hubiere, incluso, si el Comité lo considera apropiado, en los informes que presente ulteriormente el Estado Parte de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto.

Artículo 10 Comunicaciones entre Estados

1. Todo Estado Parte en el presente Protocolo podrá declarar en cualquier momento, en virtud del presente artículo, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones en las que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple sus obligaciones dimanantes del Pacto. Las comunicaciones presentadas conforme a este artículo sólo se recibirán y examinarán si las presenta un Estado Parte que haya reconocido con respecto a sí mismo la competencia del Comité en una declaración al efecto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que se refiera a un Estado Parte que no haya hecho tal declaración. Las comunicaciones que se reciban conforme a este artículo quedarán sujetas al siguiente procedimiento:
 - (a) Si un Estado Parte en el presente Protocolo considera que otro Estado Parte no está cumpliendo con sus obligaciones en virtud del Pacto, podrá, mediante comunicación por escrito, señalar el asunto a la atención de ese Estado Parte. El Estado Parte podrá también informar al Comité del asunto. En un plazo de tres meses contado desde la recepción de la comunicación, el Estado receptor ofrecerá al Estado que haya enviado la comunicación una explicación u otra declaración por escrito en la que aclare el asunto y, en la medida de lo posible y pertinente, haga referencia a los procedimientos y recursos internos hechos valer, pendientes o disponibles sobre la materia;
 - (b) Si el asunto no se resuelve a satisfacción de ambos Estados Partes interesados dentro de seis meses de recibida la comunicación inicial por el Estado receptor, cualquiera de ellos podrá remitir el asunto al Comité mediante notificación cursada al Comité y al otro Estado;
 - (c) El Comité examinará el asunto que se le haya remitido sólo después de haberse cerciorado de que se han hecho valer y se han agotado todos los recursos internos sobre la materia. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente;
 - (d) Con sujeción a lo dispuesto en el apartado c) del presente párrafo, el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados Partes interesados con miras a llegar a una solución amigable de la cuestión sobre la base del respeto de las obligaciones establecidas en el Pacto;
 - (e) El Comité celebrará sesiones privadas cuando examine las comunicaciones a que se refiere el presente artículo;
 - (f) En todo asunto que se le remita de conformidad con el apartado b) del presente párrafo, el Comité podrá pedir a los Estados Partes interesados que se mencionan en el apartado b) que faciliten cualquier otra información pertinente;

- (g) Los Estados Partes interesados que se mencionan en el apartado b) del presente párrafo tendrán derecho a estar representados cuando el asunto sea examinado por el Comité y a hacer declaraciones oralmente y/o por escrito;
- (h) El Comité presentará, a la mayor brevedad posible a partir de la fecha de recepción de la notificación a que se refiere el apartado b) del presente párrafo, un informe, como se indica a continuación:
 - (i) Si se llega al tipo de solución previsto en el apartado d) del presente párrafo, el Comité limitará su informe a una breve exposición de los hechos y de la solución a que se haya llegado;
 - (ii) Si no se llega al tipo de solución previsto en el apartado d), el Comité expondrá en su informe los hechos pertinentes al asunto entre los Estados Partes interesados. Se adjuntarán al informe las declaraciones por escrito y una relación de las declaraciones orales hechas por los Estados Partes interesados. El Comité podrá también transmitir únicamente a los Estados Partes interesados cualesquiera observaciones que considere pertinentes al asunto entre ambos.

En todos los casos, el informe se transmitirá a los Estados Partes interesados.

2. Los Estados Partes depositarán la declaración prevista en el párrafo 1 del presente artículo en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien remitirá copias de la misma a los demás Estados Partes. La declaración podrá retirarse en cualquier momento mediante notificación al Secretario General. Dicho retiro se hará sin perjuicio del examen de asunto alguno que sea objeto de una comunicación ya transmitida en virtud del presente artículo; después de que el Secretario General haya recibido la notificación de retiro de la declaración, no se recibirán nuevas comunicaciones de ningún Estado Parte en virtud del presente artículo, a menos que el Estado Parte interesado haya hecho una nueva declaración.

Artículo 11 Procedimiento de investigación

1. Cualquier Estado Parte en el presente Protocolo podrá en cualquier momento declarar que reconoce la competencia del Comité prevista en el presente artículo.
2. Si el Comité recibe información fidedigna que da cuenta de violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de cualesquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto, el Comité invitará a ese Estado Parte a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar sus observaciones sobre dicha información.
3. El Comité, tomando en consideración las observaciones que haya presentado el Estado Parte interesado, así como cualquier otra información fidedigna puesta a su disposición, podrá encargar a uno o más de sus miembros que realice una investigación y presente con carácter urgente un informe al Comité. Cuando se justifique y con el consentimiento del Estado Parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio.
4. La investigación será de carácter confidencial y se solicitará la colaboración del Estado Parte en todas las etapas del procedimiento.
5. Tras examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá al Estado Parte interesado junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas.
6. En un plazo de seis meses después de recibir los resultados de la investigación y las observaciones y recomendaciones que le transmita el Comité, el Estado Parte interesado presentará sus propias observaciones al Comité.
7. Cuando hayan concluido las actuaciones relacionadas con una investigación hecha conforme al párrafo 2 del presente artículo, el Comité podrá, tras celebrar consultas con el Estado Parte interesado, tomar la decisión de incluir un resumen de los resultados del procedimiento en su informe anual previsto en el artículo 15 del presente Protocolo.
8. Todo Estado Parte que haya hecho una declaración con arreglo al párrafo 1 del presente artículo podrá retirar dicha declaración en cualquier momento mediante notificación al Secretario General.

Artículo 12 Seguimiento del procedimiento de investigación

1. El Comité podrá invitar al Estado Parte interesado a que incluya en el informe que ha de presentar con arreglo a los artículos 16 y 17 del Pacto pormenores de las medidas que haya adoptado en respuesta a una investigación efectuada en virtud del artículo 11 del presente Protocolo.
2. Transcurrido el período de seis meses indicado en el párrafo 6 del artículo 11, el Comité podrá, si es necesario, invitar al Estado Parte interesado a que le informe sobre las medidas que haya adoptado como resultado de la investigación.

Artículo 13 Medidas de protección

Cada Estado Parte adoptará todas las medidas necesarias para que las personas bajo su jurisdicción no sean sometidas a malos tratos o intimidación de ningún tipo como consecuencia de cualquier comunicación con el Comité de conformidad con el presente Protocolo.

Artículo 14 Asistencia y cooperación internacionales

1. El Comité transmitirá, según estime conveniente y con el consentimiento del Estado Parte interesado, a los organismos especializados, fondos y programas de las Naciones Unidas y otros órganos competentes sus dictámenes o recomendaciones acerca de las comunicaciones e investigaciones en que se indique la necesidad de asesoramiento técnico o de asistencia, junto con las eventuales observaciones y sugerencias del Estado Parte sobre esos dictámenes o recomendaciones.
2. El Comité también podrá señalar a la atención de tales órganos, con el consentimiento del Estado Parte interesado, toda cuestión surgida de las comunicaciones examinadas en virtud del presente Protocolo que pueda ayudarlos a pronunciarse, cada uno dentro de su esfera de competencia, sobre la conveniencia de medidas internacionales para ayudar a los Estados Partes a hacer valer de forma más efectiva los derechos reconocidos en el Pacto.
3. Se establecerá un fondo fiduciario con arreglo a los procedimientos de la Asamblea General en la materia, que será administrado conforme al Reglamento Financiero y Reglamentación Financiera Detallada de las Naciones Unidas, para prestar asistencia especializada y técnica a los Estados Partes, con el consentimiento de los Estados Partes interesados, con miras a promover el ejercicio de los derechos enunciados en el Pacto, contribuyendo así al fomento de la capacidad nacional en materia de derechos económicos, sociales y culturales en el contexto del presente Protocolo.
4. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán sin perjuicio de la obligación de todo Estado Parte de cumplir con sus obligaciones en virtud del Pacto.

Artículo 15 Informe anual

El Comité incluirá en su informe anual un resumen de sus actividades relacionadas con el presente Protocolo.

Artículo 16 Divulgación e información

Cada Estado Parte se compromete a dar a conocer y divulgar ampliamente el Pacto y el presente Protocolo, así como a facilitar el acceso a información sobre los dictámenes y recomendaciones del Comité, en particular respecto de las cuestiones que guarden relación con tal Estado Parte, y a hacerlo en formatos accesibles a las personas con discapacidad.

Artículo 17 Firma, ratificación y adhesión

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de cualquier Estado que haya firmado el Pacto, lo haya ratificado o se haya adherido a él.
2. El presente Protocolo estará sujeto a ratificación por cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido a él. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
3. El presente Protocolo quedará abierto a la adhesión de cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido a él.
4. La adhesión se hará efectiva mediante el depósito del instrumento correspondiente en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 18 Entrada en vigor

1. El presente Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión.
2. Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después del depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión, el Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 19 Enmiendas

1. Todo Estado Parte podrá proponer enmiendas al presente Protocolo y presentarlas al Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará a los Estados Partes las enmiendas propuestas y les pedirá que le notifiquen si desean que convoque una reunión de los Estados Partes para examinar las propuestas y tomar una decisión al respecto. Si en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de la comunicación al menos un tercio de los Estados Partes se declara en favor de tal reunión, el Secretario General la convocará bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda aprobada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes presentes y votantes en la reunión será sometida por el Secretario General a la aprobación de la Asamblea General y, posteriormente, a la aceptación de todos los Estados Partes.

2. Toda enmienda que haya sido aprobada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor el trigésimo día después de que el número de instrumentos de aceptación depositados equivalga a dos tercios del número de Estados Partes en la fecha de aprobación de la enmienda. A continuación, la enmienda entrará en vigor para cualquier Estado Parte el trigésimo día siguiente al depósito de su propio instrumento de aceptación. Las enmiendas sólo serán vinculantes para los Estados Partes que las hayan aceptado.

Artículo 20 Denuncia

1. Todo Estado Parte podrá denunciar el presente Protocolo en cualquier momento mediante notificación por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia tendrá efecto seis meses después de la fecha en que el Secretario General reciba la notificación.
2. La denuncia se hará sin perjuicio de que se sigan aplicando las disposiciones del presente Protocolo a cualquier comunicación presentada en virtud de los artículos 2 y 10 o de que continúe cualquier procedimiento incoado en virtud del artículo 11 antes de la fecha efectiva de la denuncia.

Artículo 21 Notificación del Secretario General

El Secretario General de las Naciones Unidas notificará a todos los Estados a que se refiere el párrafo 1 del artículo 26 del Pacto los siguientes detalles:

- (a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones relativas al presente Protocolo;
- (b) La fecha de entrada en vigor del presente Protocolo y cualquier enmienda introducida en virtud del artículo 19;
- (c) Toda denuncia recibida en virtud del artículo 20.

Artículo 22 Idiomas oficiales

1. El presente Protocolo, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Protocolo a todos los Estados a que se refiere el artículo 26 del Pacto.

Fuente: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/477/84/PDF/N0847784.pdf?OpenElement>

FORMULARIO SUGERENCIAS PARA MEJORAR EL MANUAL

EMPODERANDO A LAS PERSONAS POBRES

Mediante Litigios en Materia de
Derechos Humanos

Manual

Nombre: _____

Dirección: _____

Institución: _____

Código postal / Ciudad / País: _____

Correo electrónico: _____

¿Enseñando qué asignaturas ha utilizado Ud. este manual principalmente?

¿Qué secciones del Manual le parecieron más interesantes y útiles?

¿Qué recomendaciones haría Ud. a la hora de revisar o actualizar el presente manual?

¿Hay algún tema que desearía añadir o modificar?

¿Hay alguna información o recurso que desearía proporcionar para este manual?

Otros comentarios y sugerencias:

Muchas gracias

 **Por favor, remita este formulario a:**

UNESCO

1, rue Miollis 75732 Paris, Francia Inclusión social

Sector de Ciencias Sociales y Humanas

Tel.: +33 (0)1 45 68 46 38

Correo electrónico: M.Abderrahmane@unesco.org

Fax: +33 (0) 1 45 68 57 26

El presente manual es una respuesta a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) adoptados por la Asamblea de las Naciones Unidas en 2000 y especialmente, al primer objetivo de reducir la pobreza extrema y el hambre a la mitad para 2015. Ofrece herramientas para las organizaciones de base que defienden los derechos humanos en nombre de todas las personas.

Los ejemplos recogidos por todo el mundo relacionan acciones de orientación política y resoluciones legales a nivel local, nacional y regional. Este manual busca empoderar a los grupos más vulnerables y marginados de la sociedad mediante el acceso a sus derechos humanos básicos. Está diseñado para estimular el diálogo entre las autoridades estatales y la sociedad civil y para provocar la exploración de formas innovadoras de conseguir que todas las partes implicadas reconozcan y cumplan los derechos humanos.

Este manual también ofrece inspiraciones para el desarrollo de nuevas estrategias y procedimientos para ampliar y reforzar la capacidad de los Estados y las acciones de la sociedad civil en la lucha contra todas las formas de discriminación y exclusión a nivel mundial.

Maritza Formisano Prada es una abogada colombiana especializada en políticas públicas en la Université Panthéon-Sorbonne Paris I. Catedrática de la Universidad de los Andes en Bogotá, Colombia y de la Université Sorbonne Nouvelle Paris III, ha publicado varios artículos en Latinoamérica y Francia. Como consultora de la UNESCO, colabora en proyectos relacionados con las ciencias políticas, la comunicación, los derechos humanos, la pobreza y el género.

Información de contacto:

UNESCO ETXEA

Centro UNESCO del País Vasco
Pº Uribitarte 12, local 2
48001 Bilbao
España

Tel: 94 427 64 32

Fax: 94 427 25 48

www.unescoetxea.org

