

I. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN LOS SISTEMAS UNIVERSAL, EUROPEO Y AFRICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. Sistema Universal de Derechos Humanos

En la actualidad, los diversos sistemas de protección de derechos humanos contemplan instrumentos que consagran derechos económicos, sociales, culturales y, ahora, ambientales. En muy pocos casos, sin embargo, los organismos y tribunales regionales han hecho efectivos estos derechos de manera autónoma y directa (justiciabilidad directa). En el caso del Sistema Universal, después de la Segunda Guerra Mundial, la Organización de las Naciones Unidas (en adelante “la ONU”) inició los trabajos correspondientes que culminarían,²¹ en 1966, con la adopción, por la Asamblea General, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), entrando ambos pactos en vigor en 1966.

Cabe destacar que la intención de la Asamblea General –y así fue trasladada a la entonces Comisión de Derechos Huma-

²¹ También se tiene en consideración la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sin embargo, se hace mención hasta 1966 pues fueron los primeros instrumentos vinculantes para los Estados que los ratificaron. Con independencia de lo anterior, no es menos cierto que, por ejemplo, la Declaración Universal goza en cierto modo del mismo estatus que un tratado internacional por la práctica constante de los Estados al invocarla.

nos— fue la de elaborar un único texto en el que se contuvieran todos los derechos enumerados en la Declaración Universal,²² que originalmente se llamaba *Pacto de los Derechos del Hombre*. Sin embargo, la Comisión de Derechos Humanos consideró que los DESCAs eran demasiado complejos para incorporarse a un instrumento que tratase de la aplicación de los derechos civiles y políticos, y se tomó la decisión —propuesta por Reino Unido y Estados Unidos— de preparar dos pactos en lugar de uno. La postura que consideraba que debían ser dos instrumentos con catálogos diferentes de derechos fue la que finalmente prevaleció. Sin embargo, esta separación en “categorías” de derechos fue el principal detonador para que los DESCAs sean tratados de forma desigual respecto de los derechos civiles y políticos en el ámbito universal (y que después se expandiría a algunos de los Sistemas Regionales de Derechos Humanos).²³

Si bien los Pactos Internacionales desarrollaron los derechos establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, a diferencia de ésta, constituyeron, al menos en el caso del PIDCP, instrumentos jurídicos vinculantes para los Estados signatarios. De esta forma, mientras que el PIDCP consagró los derechos de la Declaración Universal, el PIDESC estableció una gama más amplia de derechos que hasta hace algunos años no eran plenamente reconocidos ni aceptados por las naciones, pues consideraban que no constituían derechos

²² Cfr. Asamblea General, Resolución 421 (V), de 4 de diciembre de 1950, *Proyecto del Pacto Internacional de los Derechos del Hombre*, la cual proclamaba que ambas generaciones de derechos quedaran recogidas en un único texto, en tanto que el goce de las libertades cívicas y políticas y el de los derechos económicos, sociales y culturales están vinculados entre sí y se condicionan mutuamente, por lo que el hombre privado de sus derechos económicos, sociales y culturales, no representa esa persona humana que la Declaración Universal considera como ideal del hombre libre. Así, la Asamblea General concluye que “7. a) Decide incluir en el Pacto de los Derechos del Hombre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el reconocimiento explícito e la igualdad de los hombres y mujeres en cuanto a esos derechos...”.

²³ Textier, Philippe, “Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema universal”, *Construyendo una Agenda para la Justicia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, San José, Costa Rica, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), 2004, p. 13.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

humanos propiamente, sino cuestiones y objetivos en cuanto a las aspiraciones de una política social.²⁴ Como señalara Textier “en definitiva, [al] adop[ta]r dos Pactos ... se les otorgó a los DESC[A] un estatus mucho menos protector que a los DCP”.²⁵ Este fenómeno, como veremos en apartados posteriores, el de separar “categóricamente” los DCP y los DESCA, se reprodujo con mayores implicaciones en el Sistema Europeo e Interamericano con una importante excepción, el Sistema Africano.

Con independencia de los desaciertos de la entonces Comisión de Derechos Humanos en materia de DESCA, el Sistema de Naciones Unidas se dio a la tarea de hacer hincapié en la inexistencia de jerarquías o categorías de derechos. En este punto, en 1968, un primer pronunciamiento de especial relevancia se dio en la Proclamación de Teherán que puso de manifiesto que la disparidad creciente entre los países económicamente desarrollados y los países en desarrollo impide la realización de los derechos humanos en la comunidad internacional.²⁶ Además, consideró que como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos *sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible*. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social.²⁷ Finalmente, la Proclamación plasmó que la existencia, en ese entonces, de más de 700 millones de personas analfabetas en el mundo era el mayor obstáculo con el que tropezaban todos los esfuerzos encaminados a lograr que se cumplan los propósitos y objetivos de la Carta de

²⁴ Cfr. Hernández Cruz, Armando, *Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en el derecho mexicano*, México, UNAM, México, 2010, p. 101.

²⁵ Textier, Philippe, *op. cit.*, p. 14.

²⁶ Proclamación de Teherán, 13 de mayo de 1968, Principio 12.

²⁷ *Ibidem*, Principio 13.

Naciones Unidas y las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos.²⁸

El 16 de diciembre de 1977, la Asamblea General tomó con mucha satisfacción la entrada en vigor de los Pactos Internacionales; no obstante, también se permitió recordar que de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, “el ideal de que los seres humanos se vean libertados del temor y la miseria sólo puede lograrse si se crean condiciones por las cuales todos puedan gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, como también de sus derechos civiles y políticos”.²⁹ A diferencia del PIDESC, el Protocolo Facultativo del PIDCP entró en vigor desde el 23 de marzo de 1976.

En 1986, un grupo de expertos adoptaron los *Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Estos principios expusieron diversas opiniones sobre la interpretación de las disposiciones del PIDESC. Entre otras cuestiones estos principios consideraron que los derechos económicos, sociales y culturales forman parte integral del derecho internacional de derechos humanos y que el PIDESC, en conjunto con el PIDCP, ayuda a ampliar el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos siendo todos estos instrumentos los que constituyen la Carta Internacional de Derechos Humanos. Enfatizaron que en vista que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, se debería dedicar la misma atención y consideración urgente en la aplicación, promoción y protección de ambos (los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales). Los Principios de Limburgo recogieron la experiencia de la protección de ciertos derechos sociales en el mundo y manifestaron

²⁸ *Ibidem*, Principio 14.

²⁹ Cfr. Asamblea General, Resolución No. 32/130, del 16 de diciembre de 1977. En 1993 la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada en la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos, reiteró que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. (Apartado 1.5).

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

que era posible lograr la efectividad de los DESCAs en diversos contextos políticos, pues esta realización no responde a un solo camino en vista de que se habían registrado éxitos y también fracasos tanto en economías de mercado como en economías dirigidas, en estructuras políticas centralizadas como en descentralizadas. Sin embargo, sí fueron muy puntuales al señalar que aunque la plena efectividad de los derechos reconocidos en el PIDESC se logra progresivamente, la aplicación de algunos de estos derechos puede hacerse de inmediato mientras otros derechos pueden hacerse justiciables con el paso del tiempo.³⁰

En este sentido, el entonces Relator Especial para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Danilo Türk, en 1992, elaboró los postulados básicos de los enfoques de los DESCAs. Dichos postulados establecían que los Estados tenían diversas obligaciones jurídicas de distinto rango (local, nacional, regional e internacional) para la realización de los DESCAs. Para Türk, los DESCAs son derechos intemporales por esencia, su aplicación y pertinencia deberían ser consecuentes y sostenibles, a pesar de los frecuentes vaivenes del entorno económico tanto interno como externo, además debe concederse prioridad a las personas que son más desfavorecidas y vulnerables, y en consecuencia “menos aptas” para conseguir por sí mismas estos derechos y los Estados, con independencia de su desarrollo económico, tienen la obligación de garantizar el respeto de unos derechos mínimos de subsistencia para todos. Türk consideraba que los derechos humanos no existían en el vacío, la realización de todos los derechos, incluidos los de naturaleza socioeconómica, dependen de una gran variedad de opciones y fuerzas económicas, sociales, políticas, históricas, filosóficas y legales.³¹

³⁰ Cfr. Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2 al 6 de junio de 1986, Parte I. A.1, 2, 3, 6.

³¹ Cfr. ONU. Informes del Sr. Danilo Türk, Relator Especial de la Subcomisión en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/CN.4/Sub.2/1991/17, párr. 52.

Con posterioridad, en 1997, los Principios de Limburgo fueron dotados de un mayor panorama a través de otra reunión de expertos académicos, quienes concretaron las *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* en donde desarrollaron algunas obligaciones que derivaban del PIDESC como las de *respetar, proteger y cumplir*, las cuales al ser inobservadas por el Estado podrían derivar en la configuración de una violación a derechos consagrados en el PIDESC. Para ello, las Directrices de Maastricht consideraron que las tres obligaciones anteriormente descritas implican *obligaciones de conducta y de resultado*. Por un lado, las obligaciones de conducta exigen acciones racionalmente concebidas con el propósito de asegurar el ejercicio de un derecho específico. Las obligaciones de resultado requieren que los Estados Partes cumplan objetivos específicos que satisfagan una norma sustantiva precisa.³² Sin perjuicio de lo anterior, las Directrices de Maastricht expresaron que existen *obligaciones mínimas esenciales* independientemente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad.³³ Las Directrices también enmarcaron que los derechos contenidos en el PIDESC podían ser violados por comisión y omisión por responsabilidad directa del Estado, por la ocupación o dominación extranjera o acciones de entidades no estatales (como empresas transnacionales).³⁴

El 28 de septiembre de 2011, nuevamente en Maastricht, expertos adoptaron los *Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos, Económicos, Sociales y Culturales*. Estos principios

³² Cfr. *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, del 22 al 27 de enero de 1997, directrices 6 y 7.

³³ Cfr. *Ibidem*, directriz 9.

³⁴ Cfr. *Ibidem*, directrices 14 a 18. Puede verse también la descripción que se hace en: Díaz de García, Luciana, "Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", pp. 152-154, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, Argentina, tomo IX, 1999, y Schutter, de Oliver, *Principios de Maastricht sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en el área de los derechos económicos, sociales y culturales*, México, UNAM, 2016.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

son de singular interés, pues precisamente surgen en un momento de coyuntura global, en el que nuevas realidades de derecho internacional se han hecho presente para conseguir la realización de los derechos sociales a nivel mundial. Consistentes de la ausencia de regulación específica en derecho humanos por corporaciones transnacionales, las obligaciones extraterritoriales surgen como un eslabón que no se ha concretado de manera formal en el seno del derecho internacional de los derechos humanos pues sin las obligaciones extraterritoriales los Estados no pueden garantizar la no vulneración de derechos frente a la globalización y de esta manera garantizar la protección universal de todas las personas y grupos.³⁵

A. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las Observaciones Generales

Con la creación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante el “Comité DESC”), mediante la Resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social,³⁶ se facultó a este nuevo órgano para supervisar el cumplimiento del PIDESC. A partir de entonces, el Comité DESC inició con la tarea de desarrollar los alcances de los derechos contemplados en ese instrumento internacional a través de la emisión de Observaciones Generales, que consisten en la interpretación del Comité sobre el articulado del PIDESC, especialmente en relación con el contenido de los derechos recogidos en el Pacto, pero también respecto de su aplicación misma.³⁷ Así, podemos agrupar en tres

³⁵ Cfr. *Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los derechos, económicos, sociales y culturales*, Heidelberg, ETOS, 2013, pp. 1-3.

³⁶ Cfr. ONU, *Revisión de la composición, organización y administración; acuerdos del Grupo de Trabajo del periodo de sesiones de la Gubernamental Expertos en la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Resolución del Consejo Económico y Social, 1985/17 del 28 de mayo de 1985.

³⁷ Salamero Teixidó, Laura, *La protección de los derechos sociales en el ámbito de Naciones Unidas. El nuevo protocolo facultativo del Pacto Internacional de De-*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

rubros las Observaciones Generales del Comité DESC: a) derechos del PIDESC, b) grupos o situaciones de vulnerabilidad y c) lineamientos específicos sobre el funcionamiento del PIDESC.

En cuanto al primer grupo, el Comité DESC ha desarrollado el contenido del derecho a la vivienda,³⁸ el derecho a la alimentación adecuada,³⁹ el derecho a la educación,⁴⁰ el derecho a la salud⁴¹ (en específico a la salud sexual y reproductiva),⁴² el derecho al agua,⁴³ el derecho a la cultura⁴⁴ el derecho al trabajo⁴⁵ (en específico a las condiciones justas del trabajo),⁴⁶ el

rechos Económicos, Sociales y Culturales, Madrid, Cuadernos Cívitas y Thomson Reuters, 2012, p. 50.

³⁸ Véase: Comité DESC, Observación General No. 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), (Sexto periodo de sesiones, 1991), U.N. Doc. E/1991/23 (1991).

³⁹ Véase: Comité DESC, Observación General No. 12, El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11), (20o. periodo de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/5 (1999).

⁴⁰ Véase: Comité DESC, Observación General No. 13, El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), (21o. periodo de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/10 (1999).

⁴¹ Véase: Comité DESC, Observación General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22o. periodo de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

⁴² Véase: Comité DESC, Observación General No. 22: El derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12), E/C.12/GC/22, 4 de marzo de 2016.

⁴³ Véase: Comité DESC, Observación General No. 15, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto), (29o. periodo de sesiones 2002), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 (2002).

⁴⁴ Véase: Comité DESC, Observación General No. 17, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (artículo 15 del Pacto, apartado c) párrafo 1), (35 Periodo de Sesiones, 2005) U.N. Doc. E/C.12/GC/17 (2006) y Observación General No. 21, El derecho a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a) del Pacto), (43o. Periodo de Sesiones, 2009) U.N. Doc. E/C.12/GC/21/Rev.1 (2010).

⁴⁵ Véase: Comité DESC, Observación General No. 18, El derecho al Trabajo (35o. periodo de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/GC/18 (2006).

⁴⁶ Véase: Comité DESC, Observación General No. 23: El derecho a condiciones favorables de trabajo (artículo 7), E/C.12/GC/23, 26 de abril de 2016.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

derecho a la seguridad social⁴⁷ y el derecho a la no discriminación.⁴⁸

En cuanto al segundo rubro, el Comité DESC se ha pronunciado sobre condiciones específicas como los derechos sociales de las personas con discapacidad,⁴⁹ de las personas adultas mayores,⁵⁰ el derecho a la vivienda en el contexto de desalojos forzosos⁵¹ y la igualdad de derecho del hombre y la mujer.⁵² En tercer lugar, ha brindado lineamientos sobre las obligaciones de los Estados Partes en materia de DESCA,⁵³ la presentación de informes por los Estados Partes,⁵⁴ medidas internacionales de asistencia técnica,⁵⁵ la relación entre las sanciones económicas

⁴⁷ Véase: Comité DESC, Observación General No. 19, El derecho a la seguridad social (artículo 9 del Pacto) (39o. Periodo de Sesiones, 2007), U.N. Doc. E/C.12/GC/19 (2008).

⁴⁸ Véase: Comité DESC, Observación General No. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto) (42 Periodo de Sesiones, 2009) U.N. Doc. E/C.12/GC/20 (2009).

⁴⁹ Véase: Comité DESC, Observación General No. 5, Personas con discapacidad (11 periodo de sesiones, 1994), U.N. Doc. E/C.12/1994/13 (1994).

⁵⁰ Véase Comité DESC, Observación General No. 6, Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores (13 periodo de sesiones, 1995), U.N. Doc. E/C.12/1995/16/Rev.1 (1995).

⁵¹ Véase: Comité DESC, Observación General No. 7, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos (16o. periodo de sesiones, 1997), U.N. Doc. E/1999/22, anexo IV (1997).

⁵² Véase: Comité DESC, Observación General No. 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto) (34o. Periodo de Sesiones, 2005), U.N. E/C.12/2005/4 (2005).

⁵³ Véase: ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), (Quinto periodo de sesiones, 1990), U.N. Doc. E/1991/23 (1990).

⁵⁴ Véase: Comité DESC, Observación General No. 1, Presentación de informes por los Estados Partes (Tercer periodo de sesiones, 1989), U.N. Doc. E/1989/22 (1989).

⁵⁵ Véase: Comité DESC, Observación General No. 2, Medidas internacionales de asistencia técnica (artículo 22 del Pacto), (Cuarto periodo de sesiones, 1990), U.N. Doc. E/1990/23 (1990).

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

y el respeto de los DESCA,⁵⁶ la aplicación interna del Pacto,⁵⁷ la función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los DESCA⁵⁸ y los planes sobre la enseñanza primaria.⁵⁹

El aporte más importante del Comité DESC ha sido el gradual desarrollo de las obligaciones que los Estados deben de observar para materializar los derechos consagrados en el Pacto. De esta forma en las Observaciones Generales sobre *La índole de las obligaciones de los Estados Partes* y *La aplicación interna del Pacto*, No. 3 y No. 9, respectivamente, el Comité desarrolló el contenido de los compromisos que los Estados tienen que implementar en el ámbito interno.

En lo que respecta a la Observación General No. 3, el Comité DESC consideró que el artículo 2 del Pacto es de suma relevancia para entender el contenido de los propios derechos sociales y de los alcances de las obligaciones. Así, consideró que el propio Pacto impone, tanto obligaciones de comportamiento, como de resultado; pero además impone obligaciones paulatinas y de efecto inmediato.⁶⁰ Expresó que “adoptar medidas”, no queda condicionado ni limitado por ninguna consideración y deben ser deliberadas, concretas y orientadas a la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.⁶¹ Por otro lado, determinó que la enunciación “todos los medios apropiados,

⁵⁶ Véase: Comité DESC, Observación General No. 8, Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales (17o. periodo de sesiones, 1997), U.N. Doc. E/1998/22 (1997).

⁵⁷ Véase: Comité DESC, Observación General No. 9, La aplicación interna del Pacto, (19 periodo de sesiones, 1998), U.N. Doc. E/C.12/1998/ 24 (1998).

⁵⁸ Véase: Comité DESC, Observación General No. 10, La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales (19o. periodo de sesiones, 1998), U.N. Doc. E/C.12/1998/25 (1998).

⁵⁹ Véase: Comité DESC, Observación General No. 11, Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 20o. periodo de sesiones, 1999, U.N.Doc.E/C.12/1999/4(1999).

⁶⁰ Comité DESC, Observación General 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), (Quinto periodo de sesiones, 1990), U.N. Doc. E/1991/23 (1990), párr. 1.

⁶¹ Cfr. *Ibidem*, párr. 2.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

inclusive en particular la adopción de medidas legislativas” implicaba que dichas medidas legislativas en muchos casos resultan deseables e, incluso, indispensables. Sin embargo, las medidas apropiadas no solamente se agotan con las medidas legislativas sino que en todo caso también es importante proveer de recursos judiciales, el establecimiento de políticas públicas o las medidas de carácter administrativo, financiero, educacional y social.⁶²

A lo anterior, debe considerarse que la OG No. 3 desarrolló el contenido de la obligación de progresividad (como obligación principal del Pacto); entendiendo que el PIDESC al referirse a la *progresiva efectividad [de los derechos del Pacto]*, ésta se usa en el sentido de reconocer que el hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo. En este sentido, una interpretación errónea de la obligación de progresividad es que si bien ésta implica un largo periodo de tiempo (o progresivamente), no es sinónimo de inacción que dejaría sin contenido a la obligación; por el contrario, dicha obligación debe interpretarse en el sentido de ser un objetivo general, la razón del ser del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto de la plena efectividad de los derechos de que se trata, siendo así que se imponen dos sub-obligaciones: de proceder lo más (i) *expedita* y (ii) *eficazmente* posible con miras de lograr ese objetivo.⁶³

Sumado al hecho de la existencia una obligación de carácter progresivo, y que las medidas generales sean de gradual cumplimiento en la jurisdicción interna, el PIDESC también impone una serie de obligaciones de cumplimiento para asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos; el Comité DESC también fue consciente de que éstas obligaciones mínimas dependerán, en gran medida, de las limitaciones de recursos que aplican del país de que se tra-

⁶² Cfr. *Ibidem*, párrs. 3-7.

⁶³ *Ibidem*, párr. 9.

te. Sin embargo, para que un Estado pueda atribuir su incumplimiento a las obligaciones mínimas al Pacto por la ausencia de recursos, deberá demostrar que ha utilizado todos los recursos que están a su disposición en su esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas,⁶⁴ inclusive, en tiempos de crisis en los cuales los Estados deberán proteger a los grupos más vulnerables.⁶⁵

En cuanto a la OG No. 9, el Comité DESC sostuvo que las normas del PIDESC 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 los medios adecuados de reparación, o de un recurso, y se han de establecer mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos. En este sentido, tal incorporación parte de dos elementos fundamentales:

- a) los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean parte;
- b) los Estados Partes que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos sociales consagrados en el Pacto, tendrían que demostrar que esos recursos no son medios apropiados según los términos del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, éstos son innecesarios.⁶⁶

En la misma Observación General, el Comité DESC expresó que las normas internacionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes deben operar de manera directa e inmediatamente en el sistema jurídico interno de cada Estado

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 10.

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 11.

⁶⁶ Comité DESC, Observación General No. 9, La aplicación interna del Pacto, (19o. periodo de sesiones, 1998), U.N. Doc. E/C.12/1998/ 24 (1998), párrs. 2 y 3.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

Parte, permitiendo de esta forma reclamar la protección de sus derechos ante los jueces y tribunales nacionales. En esta línea si bien el Comité DESC fue enfático al señalar que el PIDESC no estipula los medios concretos que pueden utilizarse para aplicarlo en el ordenamiento jurídico nacional, sí ha resaltado que los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte; en cuanto a la materia judicial para determinar cuál es la mejor forma de dar eficacia jurídica a los derechos reconocidos en el Pacto es importante tener en cuenta la necesidad de asegurar la *justiciabilidad*.⁶⁷ En este sentido, *la justiciabilidad se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales*.⁶⁸

Dos aspectos importantes a destacar y que quizá han pasado inadvertidos en la discusión de la justiciabilidad de los DESCAs en el plano nacional e internacional es, por un lado, que el compromiso de adoptar medidas en el ámbito del cumplimiento y la realización paulatina de los DESCAs, no exige, ni excluye un modelo único de economía para la materialización de este tipo de derechos; por el contrario, el PIDESC es neutral y, por lo tanto, no es necesario. Implantación de un sistema socialista o capitalista o de una economía mixta, de planificación centralizada o basada en el *laisser-faire*, o en ningún otro tipo de planteamiento específico.⁶⁹ Es decir, los modelos económicos existentes no representan un obstáculo o justificación para no cumplir con las disposiciones del Pacto.

Por otro lado, el Comité ha señalado en que si bien hay que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles.⁷⁰

⁶⁷ *Ibidem*, párr. 7.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 10.

⁶⁹ *Ibidem*, párr. 8.

⁷⁰ *Ibidem*, párr. 10.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

B. El Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Un paso importante producido por el Sistema Universal fue la adopción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 10 de diciembre de 2008;⁷¹ entrando en vigor el 5 de mayo de 2013 (en adelante el “PF-PIDESC”), el cual permite la presentación de quejas ante el Comité por alegadas violaciones a los derechos contenidos en el PIDESC, cumplidos ciertos requisitos, como el agotamiento de los recursos internos.⁷²

El PF-PIDESC, fue uno de los instrumentos del Sistema Universal más ampliamente discutidos para hacer efectivos los derechos sociales en las jurisdicciones nacionales; ya que la experiencia de los tribunales regionales de derechos humanos, en

⁷¹ De acuerdo al artículo 18 del PF-PIDESC este instrumento entrará en vigor tres meses después de que se haya depositado en poder del Secretario General de la ONU el décimo instrumento de ratificación o adhesión. De acuerdo al estatus de ratificación a agosto de 2017, 48 Estados han firmado el PF-PIDESC: Angola, Argentina, Armenia, Azerbaiyán, Bélgica, Benín, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Cabo Verde, Chile, Congo, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Francia, Gabón, Ghana, Guatemala, Guinea Bissau, Irlanda, Islas Salomón, Italia, Kazajistán, Luxemburgo, Madagascar, Macedonia, Maldivas, Malí, Mongolia, Montenegro, Níger, Países Bajos, Paraguay, Portugal, República Democrática del Congo, República Central de África, San Marino, Senegal, Timor-Leste, Togo, Ucrania, Uruguay y Venezuela. De éstos, 21 Estados lo han ratificado, convirtiéndose en Estados Partes del PF-PIDESC: Argentina, Bolivia, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Cabo Verde, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Finlandia, Francia, Gabón, Italia, Luxemburgo, Mongolia, Montenegro, Níger, Portugal, República Central de África, San Marino, Eslovaquia, España y Uruguay.

⁷² Resolución A/RES/63/117 adoptada el 10 de diciembre de 2008 por la Asamblea General de la ONU. Entró en vigor el 5 de mayo de 2013. Conforme al Protocolo Facultativo las comunicaciones las pueden presentar al Comité los Estados Partes o las personas o grupos de personas respecto a los Estados Partes en el Protocolo. El procedimiento general para las personas y grupos de personas es el siguiente: el Comité examina la comunicación y dicta, en su caso, la admisibilidad. El Comité puede dictar medidas provisionales en cualquier momento antes de pronunciarse sobre el fondo. Se hace del conocimiento del Estado, el que tiene seis meses para presentar por escrito las explicaciones o aclaraciones, e indique las medidas correctivas que haya tomado. El Comité examina la comunicación y emite un dictamen junto con sus recomendaciones. El Estado tiene seis meses para dar una respuesta por escrito e informar sobre las medidas que haya adoptado.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

donde ya se habían llevado casos sobre derechos de índole económica, social, cultural o ambiental hacían rezagar al Sistema de Naciones Unidas frente a la protección de estos derechos. El PF-PIDESC contempla, como mecanismos o procedimientos para atender las violaciones a los derechos consagrados en el PIDESC: a) las comunicaciones individuales o colectivas,⁷³ b) quejas interestatales⁷⁴ y c) la investigación.⁷⁵ Mediante estos mecanismos, el Comité DESC⁷⁶ es el órgano encargado de vigi-

⁷³ Artículo 2. Comunicaciones: Las comunicaciones podrán ser presentadas por o en nombre de personas o grupos de individuos, bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto por ese Estado Parte. Cuando se presente una comunicación en nombre de personas o grupos de personas, se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento.

⁷⁴ Artículo 10. Comunicaciones entre Estados: 1. Todo Estado Parte en el presente Protocolo podrá declarar en cualquier momento en el presente artículo que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Las comunicaciones previstas en el presente artículo sólo se podrán admitir y examinar si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración reconozca con respecto a sí mismo la competencia del Comité. No se admitirá comunicación por el Comité que concierna a un Estado Parte que no haya hecho tal declaración.

⁷⁵ Artículo 11 Procedimiento de investigación: ... 2. Si el Comité recibe información fidedigna que revele graves o violaciones sistemáticas por un Estado Parte de cualquiera 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 para tal fin presentar observaciones con respecto a la información de que se trate; 3. Teniendo en cuenta las observaciones que haya presentado el Estado Parte interesado, así como toda información fidedigna de que disponga, el Comité podrá encargar a uno o más de sus miembros que realice una investigación y presente con carácter urgente 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 cooperación del Estado Parte en todas las fases del procedimiento...

⁷⁶ Actualmente el Comité DESC está conformado por 18 miembros: Aslan Abashidze (Federación Rusa), Mohamed Ezzeldin Abdel-Moneim (Egipto); Clement Atangana (Camerún); María Virginia Bras Gomes (Portugal); Shiqiu Chen (China); Chandrashekhar Dasgupta (India); Oliver de Schuter (Bélgica); Zdzislaw Kedzia (Polonia); Az-zouz Kerdoun (Argelia); Mikel Mancisidor de la Fuente (España); Lydia Ravenberg (Suriname); Renato Zerbini Ribeiro Leão (Brasil); Waleed Sadi (Jordania); Heisoo Shin (República de Corea) y Rodrigo Uprimny (Colombia). Los puestos de Sergei Martynov (Belarus), Arianga Govindasamy (Mauricio) y Nicolas Jan Schrijver (Países Bajos) fueron ocupados por Laura María Craciunean (Rumania), Muchael Windfuhr

lar y supervisar el contenido del PIDESC en los Estados Partes que ya han firmado el PF-PIDESC.

En 2015, el Comité DESC emitió su primer dictamen en tenor del PF-PIDESC mediante la Comunicación 2/2014 en donde resolvió, por primera vez, la violación a un derecho consagrado en el PIDESC. El caso en cuestión estaba relacionado con la falta de acceso efectivo a los tribunales para proteger el derecho a una vivienda adecuada, en específico la autora tramitó la petición porque alegaba que se había vulnerado su derecho a recibir una notificación previa en los casos de desalojo de su vivienda. El caso se enmarcó en la grave crisis económica que vivió España y en la cual la autora adquirió una vivienda en Madrid valorada en 742,890.68 euros de la cual, por circunstancias personales, no pagó varias cuotas del préstamo hipotecario por un importe de 11,000 euros al banco (en adelante “la entidad acreedora”). Derivado de la falta de pagos, la entidad acreedora procedió a liquidar la totalidad del préstamo e inició un procedimiento especial de ejecución de bienes hipotecarios ante un juzgado de primera instancia. Por orden de dicho juzgado se procedió a notificar a la autora mediante el Servicio Común y Ejecución de Madrid en tres ocasiones en las cuales el notificador no encontró a la autora. Ante la imposibilidad de notificación, el juzgado de primera instancia decidió la publicación de un edicto en el tablón de anuncios del juzgado para llevar a cabo la diligencia de notificación del auto y decreto de admisión.⁷⁷

La autora de la petición externó que en ninguna de las ocasiones en las que se le intentó notificar se encontraba en la vivienda y sobre el edicto señaló que la publicación se hizo sin

(Alemania) y Azzouz Kerdoun (Algeria) quienes tienen su mandato hasta el 2020. Sobre la competencia del Comité DESC y la legitimación ante el Comité puede consultarse: *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión Internacional de Juristas, 2008, pp. 39 y ss.

⁷⁷ Cfr. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comunicación 2/2014, 17 de junio de 2015, E/C.12/55/D/2/2014, párrs. 2.1 a 2.4.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

ninguna publicidad exterior, anuncio en medio oficial o publicación en el boletín oficial. Señaló que al no encontrarse ella en su residencia habitual, el juzgado debió proceder a notificarle dejando la demanda con el portero o con un vecino.⁷⁸ La peticionaria interpuso un recurso de reposición contra la diligencia de subasta del inmueble y solicitó la nulidad de todo el proceso de ejecución hipotecaria hasta el momento previo al emplazamiento, toda vez que no había sido notificada de la demanda en los domicilios que estaban en conocimiento de la entidad acreedora, como el domicilio de un familiar y la dirección de su centro laboral, violándose así su derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva. No obstante, el recurso de reposición fue desestimado aduciéndose que la notificación sólo se haría en el domicilio en el que las partes hayan acordado según el artículo 683 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC),⁷⁹ en este caso el domicilio de la autora. Se interpuso un recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional; sin embargo, dicho órgano jurisdiccional consideró inadmisibile el recurso en virtud de que no era de manifiesta inexistencia la violación de algún derecho fundamental tutelable en amparo.⁸⁰

En lo relativo al derecho del PIDESC que se alegaba violado, la autora consideró ante el Comité DESC que España violaba su derecho a una vivienda adecuada en virtud del artículo 11, párr. 1 del Pacto. De esta forma, la falta de acceso efectivo a los tribunales, sobre los deficientes procesos de notificación, le impidieron cuestionar judicialmente el carácter abusivo de las cláusulas contractuales y oponerse, por ejemplo, a la forma en que los intereses que le tocaban pagar fueron calculados por la autoridad acreedora. En este sentido, una de las principales

⁷⁸ *Ibidem*, párr. 2.4.a.

⁷⁹ Al respecto el artículo 683 de la LEC disponía que “[tras la reforma de artículo 686(3) de la LEC, seguidamente se pasa directamente a la notificación edictal como especialidad del procedimiento sumario judicial de ejecución hipotecaria”, sin que sea necesario reiterar la notificación en el centro laboral u otros análogos del demandando. *Cfr. Ibidem*, párr. 2.8.

⁸⁰ *Cfr. Ibidem*, párrs. 2.8 y 2.9.

alegaciones que se hicieron por la parte actora fue que en España la legislación que regulaba los procesos de ejecución hipotecaria no protegía adecuadamente el derecho de las personas a ejercer adecuadamente la defensa legal de sus viviendas, ya que muchas veces las personas afectadas en sus viviendas no tienen conocimiento de la existencia de una demanda presentada por los acreedores.⁸¹

Lo importante de este primer caso es que, a pesar de que las violaciones en un primer análisis parecerían ser violaciones que atañen al debido proceso, el Comité DESC arriba a la conclusión de que:

... a la luz de la determinación del Comité sobre los hechos, el problema jurídico principal que plantea [la] comunicación es: si el derecho a la vivienda de la autora, establecido en el artículo 1.1, párrafo 1 del Pacto, fue violado por el Estado Parte como resultado de llevar a cabo un proceso de ejecución hipotecaria, en que, según la autora, no fue adecuadamente notificada de la demanda, lo que le impidió que tuviese la posibilidad de defender sus derechos reconocidos por el Pacto.⁸²

En este sentido, el Comité DESC recordó que el derecho a la vivienda adecuada es un derecho fundamental que constituye la base para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales; y está vinculado en su integridad a otros derechos humanos, inclusive a todos aquellos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, expresó que el artículo 2 del PIDESC impone varias obligaciones con efecto inmediato. Por tanto, con arreglo del artículo 2, párrafo 1 del Pacto, los Estados deben adoptar medidas para asegurar el disfrute de los derechos establecidos en el Pacto por

⁸¹ Cfr. *Ibidem*, párr. 5.3.

⁸² Cfr. *Ibidem*, párr. 10.6.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas. Este requisito incluye la adopción de medidas que garanticen el acceso a recursos judiciales efectivos para la protección de los derechos reconocidos en el Pacto, ya que no puede haber un derecho sin un recurso que ampare.⁸³

Sobre el proceso de notificación, el Comité DESC acudió a su Observación General No. 7 y estimó que la debida protección judicial y el proceso con las debidas garantías son aspectos esenciales de todos los derechos humanos, y tienen especial pertinencia para la cuestión de los desalojos forzosos, y que estas garantías procesales incluyen, *inter alia*, que el Estado Parte provea un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo, y brinde a estas personas recursos jurídicos para su defensa. El Comité consideró que esta protección es igualmente válida y apropiada para otras situaciones similares, como los procedimientos de ejecución hipotecaria, en el que el derecho a la vivienda puede ser seriamente afectado.⁸⁴

Sobre esta última afirmación el Comité DESC desarrolló un nuevo criterio al estimar que la notificación por edictos puede ser un medio adecuado de notificación judicial acorde con el derecho de tutela judicial efectiva; sin embargo, el Comité consideró que su empleo en casos que involucran una posible afectación de derechos humanos como el derecho a una vivienda adecuada, que requieren una supervisión judicial, debe ser una medida de último recurso, en especial con los actos que inician el procedimiento; además agregó que su uso debe estar estrictamente limitado a situaciones en que se han agotado todos los medios para practicar una notificación personal, y asegurándose la suficiente publicidad y plazo, de manera que la persona afectada pueda tener oportunidad de tomar real conocimiento del inicio del procedimiento y pueda participar en el mismo. Por consiguiente, la notificación inadecuada de la demanda de

⁸³ Cfr. *Ibidem*, párrs. 11.1 y 11.3.

⁸⁴ Cfr. *Ibidem*, párr. 12.1.

ejecución hipotecaria que le impida a la persona defender su derecho en ese procedimiento, implica una violación al derecho a la vivienda.⁸⁵

En aplicación de los anteriores estándares, el Comité DESC en el caso en concreto estimó que reconocía los esfuerzos de los juzgados por notificar personalmente a la autora del auto y el decreto de admisión a trámite de la demanda de ejecución hipotecaria de su vivienda. Sin embargo, el Comité DESC consideró que España no demostró que el juzgado de primera instancia haya agotado todos los medios disponibles para practicar la notificación de manera personal, como lo pudieron ser dejar la notificación en buzón de correo, con un vecino, en su centro laboral o con algún familiar.⁸⁶

Lo relevante de esta primera decisión del Comité DESC es que rompe con la forma tradicional de justiciabilidad de un derecho social; en estos supuestos, mediante el uso de las garantías procesales o del debido proceso al afirmar que:

[La] irregularidad en la notificación podría no implicar una violación al derecho a la vivienda sino tuviera una consecuencia significativa sobre el derecho de defensa de la autora sobre el goce efectivo de su vivienda...

...

Por tanto, el Comité considera que esa notificación inadecuada constituyó en ese momento una violación al derecho a la vivienda, que no fue remediada por el Estado Parte ulteriormente pues a la autora le fueron negadas tanto en el [recurso de reposición como el amparo constitucional].

...

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, actuando en virtud del artículo 9 párrafo 1 del Protocolo Facultativo del Pacto, *dictamina que al incumplir su obligación de proveer a la autora de un recurso efectivo, el Estado Parte viola sus derechos en virtud a los artículos 11 [derecho a la*

⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, párrs. 12.3 y 12.4.

⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, párr. 13.3.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

vivienda adecuada], leído conjuntamente con el artículo 2, párrafo 1, del Pacto...⁸⁷

Tara Melish, ha expresado que uno de los modelos tradicionales de protección de derechos sociales en los sistemas regionales de derechos humanos ha sido precisamente el *enfoque indirecto de las garantías procesales*. El enfoque indirecto mediante las normas procesales no es algo nuevo, pues ya ha sido utilizado en casos concretos en la práctica de los órganos internacionales de derechos humanos. Su fuerza deriva de dos aspectos esenciales. En primer lugar, las normas procesales, al proteger el proceso en general, no se limitan a ningún tipo específico de derecho sustantivo. Por eso su aplicación es en gran parte inmune a las críticas tradicionales sobre la justiciabilidad de los DESCAs. En segundo lugar, las garantías procesales protegidas se aplican no sólo a los derechos en general sin importar el instrumento en el que se encuentren, sino también a todos los derechos reconocidos en la legislación interna de los Estados Partes.⁸⁸

Sin embargo, las normas procesales se refieren a normas que imponen requisitos de procedimiento a los Estados. Estas normas no protegen directamente a un derecho social específico, como el acceso a la vivienda, pues más bien protegen el derecho a un proceso justo en la distribución y recepción de todo DESCAs. Así, las garantías procesales incluyen las garantías judiciales como lo puede ser la notificación del procedimiento, la igualdad ante la ley y la protección judicial.⁸⁹ Es aquí la relevancia de la nueva doctrina jurisprudencial del Comité DESCAs pues deja de ver a las garantías procesales como parte de los derechos de índole civil y política y centra el análisis en cómo

⁸⁷ Cfr. *Ibidem*, párrs. 13.5, 13.7 y 15.

⁸⁸ Melish, Tara J., *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Quito, CDES, Yale Law School, 2003, p. 261.

⁸⁹ *Idem*.

esta ausencia de garantías afecta al derecho a la vivienda, pues al igual que otros derechos, el derecho a la vivienda también puede ser afectado por la ausencia de las formalidades del procedimiento, lo que al igual que cualquier otro derecho civil y político, implica su posible violación.

Actualmente el Comité DESC ha emitido una resolución de fondo en el cual ha declarado que no existe violación a la no discriminación por acceso a una prestación no contributiva por discapacidad de una persona privada de la libertad en un centro penitenciario⁹⁰ y ha declarado dos comunicaciones inadmisibles por falta de competencia *ratione temporis*.⁹¹ El Comité DESC también tiene seis casos pendientes, los cuales sólo incluyen las comunicaciones que han sido transmitidas al Estado concernido y no implica la existencia de ninguna decisión sobre la admisibilidad o el fondo del asunto. Las comunicaciones actuales están relacionadas con 1.- La discriminación de un menor de edad extranjero en la participación de torneos de fútbol,⁹² 2.- El tratamiento médico no consentido por una persona,⁹³ 3.- Desalojo del arrendatario como resultado de un proceso judicial iniciado por la arrendadora,⁹⁴ 4.- Acceso a la indemnización complementaria establecida en el convenio colectivo,⁹⁵ 5.- La alegada violación del derecho a la vivienda en caso de posibles cláusulas contractuales abusivas⁹⁶ y 6.- La alegada discriminación al acceso del sistema nacional de seguridad social de una trabajadora doméstica por la ausencia de esquemas de pensiones no contributivas.⁹⁷

⁹⁰ ONU, Comité DESC, *Caso López Rodríguez vs. España*, Comunicación 1/2013 respecto de España, 20 de abril del 2016, E/C.12/57/D/1/2013.

⁹¹ ONU, Comité DESC, Comunicación 6/2015 respecto de España, 26 de febrero de 2016, E/C.12/56/D/6/2015 y Comité DESC, Comunicación 8/2015 respecto de España, 26 de febrero de 2016, E/C.12/56/D/8/2015.

⁹² ONU, Comité DESC, Comunicación 3/2014 respecto de Ecuador.

⁹³ ONU, Comité DESC, Comunicación 4/2014 respecto de España.

⁹⁴ ONU, Comité DESC, Comunicación 5/2015 respecto de España.

⁹⁵ ONU, Comité DESC, Comunicación 7/2015 respecto de España.

⁹⁶ ONU, Comité DESC, Comunicación 9/2015 respecto de España.

⁹⁷ ONU, Comité DESC, Comunicación 10/2015 respecto de Ecuador.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

De este modo, la adopción por parte de la comunidad internacional de un instrumento que acepta la posibilidad que los titulares de derecho puedan presentar denuncias ante un órgano de protección internacional en materia de derechos sociales, significa que la comunidad internacional reconoce que la justiciabilidad de derechos es conceptualmente posible y ofrece vías para materializar la tutela.⁹⁸ Sin embargo, una de las críticas que ha tenido el PF-PIDESC ha sido en torno a una de sus causales de admisibilidad regulada por el artículo 4. Este artículo dispone que, 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 situación de grave importancia general. En este sentido, la idea de *clara desventaja* constituye un concepto jurídico indeterminado de extrema vaguedad. La redacción del precepto se refiere al supuesto de que el autor haya estado en una situación de clara desventaja, lo cual debe ponerse en relación con la alegada violación de un derecho. Es decir, la violación de uno de los derechos recogidos en el PIDESC debe poner en situación de clara desventaja al autor de la Comunicación para que ésta no sea desechada. Ello parece dar a entender que no todas las violaciones de un DESCAs colocaran a la víctima en una situación de clara desventaja, lo cual reconduce este criterio de admisibilidad a una categorización y jerarquización de distintos tipos de violaciones sobre DESCAs.⁹⁹

⁹⁸ Cfr. Courtis, Christian, “El aporte de los sistemas internacionales de derechos humanos a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Cervantes Alcayde Magdalena et al., *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?: Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN-UNAM/IJ, 2014, pp. 33 y 34.

⁹⁹ Salamero, Teixidó, Laura, *op. cit.*, pp. 103 y 104.

2. Sistema Europeo de Derechos Humanos

En el caso del Sistema Europeo de Derechos Humanos, una de las particularidades es que dentro del Consejo de Europa existen dos órganos que se han encargado de verter jurisprudencia en materia de derechos sociales, es decir, el Comité Europeo de Derechos Sociales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El argumento que se dio por mucho tiempo sobre que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante “el Convenio Europeo” o “el CEDH”) no protegía derechos económicos, sociales y culturales fue una postura limitada;¹⁰⁰ ya que por lo que hace al Sistema Europeo, la experiencia del Tribunal de Estrasburgo sobre la justiciabilidad de los DESCAs ha sido en gran medida mediante los métodos de interpretación tradicional como la indivisibilidad,¹⁰¹ el principio de no discriminación¹⁰² y la conexión de derechos o vía indirecta de protección;¹⁰³ abordando temas

¹⁰⁰ Cfr. Warbick, Colin, “Economic and Social Interests and the European Convention on Human Rights”, en Baderin, Mashood y McCorquodale, Robert, *Economics, Social and Cultural Rights in Action*, New York, Oxford, 2012, p. 241.

¹⁰¹ Véase: *Caso Airey vs. Irlanda*, Application 6289/73, Sentencia de 9 de octubre de 1979; *Caso Of Annoni di Gussola and Others vs. Francia*, Applications No. 31819/96 y 33293/96, Sentencia de 14 de noviembre del 2000 y *Caso of the Wilde, Ooms and Versyp (Vagrancy) vs. Bélgica*, Applications 2832/66, 2835/66 y 2899/66, Sentencia de 18 junio de 1971.

¹⁰² Véase: *Caso Marckx vs. Bélgica*, Application 6833/74, Sentencia de 13 junio de 1979; *Caso of Andrejeva vs. Letonia*, Application 55707/00, Sentencia de 18 febrero de 2009; *Caso Muñoz Días vs. España*, Application 49151/07, Sentencia de 8 de noviembre de 2011; *Caso Feldbrugge vs. The Netherlands*, Application 8562/79, Sentencia de 29 de mayo de 1986; *Caso Deumeland vs. Alemania*, Application No. 9384/81, Sentencia de 29 de mayo de 1986; *Caso Schuler-Zgraggen vs. Switzerland*, Application 14518/89, Sentencia de 24 de junio de 1993; *Caso Salesi vs. Italia*, Application 13023/87, Sentencia de 26 de febrero de 1993 y *Caso Delgado vs. Francia*, Application 38437/97, Sentencia de 14 de noviembre de 2000.

¹⁰³ Véase: *Case López Ostra, vs. España*, Application 16798/90, Sentencia de 9 diciembre de 1994; *Caso Moreno Gómez vs. España*, Application 4143/02, Sentencia de 16 de noviembre de 2004; *Caso D. vs. Reino Unido*, Application

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

como el cálculo y reconocimiento de pensiones, derechos laborales, protección al medio ambiente, contaminación acústica, derecho a la salud, derechos sindicales, entre otros. De esta forma, los derechos sociales han quedado subsumidos dentro del contenido de los derechos civiles y políticos que se encuentran plasmados en el cuerpo del Convenio Europeo o en sus Protocolos Adicionales. En la jurisprudencia europea pueden identificarse dos tipos de derechos de naturaleza social: a) los que se encuentran previstos de manera implícita en algunas disposiciones del CEDH y b) los que no aparecen en el Convenio Europeo pero que han sido derivados de otros derechos del mismo.

En el primer grupo de derechos tenemos el derecho de instrucción (artículo 2 del Protocolo 1 al CEDH), la libertad sindical (artículo 11) y el trabajo y sus condiciones (artículo 4); mientras que, en el segundo grupo, el TEDH ha derivado de otras disposiciones del Convenio Europeo derechos como la seguridad social, la protección al medio ambiente, el derecho a la vivienda y el derecho a la salud.

En cuanto al primer grupo, sobre el derecho de instrucción, cabe resaltar que los redactores del CEDH pusieron especial interés en no consagrar “un derecho prestacional a la educación”, sino que se limita a reconocer un derecho de defensa o libertad negativa; por lo que se utilizó, para ello un lenguaje alejado del de los derechos de prestación.¹⁰⁴ La intención de los redactores era no imponer a los Estados obligaciones prestacionales sino únicamente la obligación negativa de no impedir el disfrute del derecho. Se trata de no negar a los individuos el derecho a la instrucción y, sí el Estado participaba en el sistema educativo

30240/96, Sentencia de 2 de mayo de 1997; *Caso Connors vs. Reino Unido*, Application 66746/01, Sentencia de 27 de mayo de 2004; *Caso Siliadin Vs, Francia*, Application 73316/01, Sentencia de 26 de julio de 2005 y *Caso Opuz vs. Turquía*, Application 33401/02, Sentencia de 9 de junio de 2009.

¹⁰⁴ Canosa Usera, Raúl, “Derecho a la instrucción y pluralismo educativo”, en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo, *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, 2005, p. 873.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

mediante escuelas públicas, lo que tampoco es obligatorio en el Convenio Europeo, de no violentar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres de los alumnos que acuden a ellas.¹⁰⁵ Sin embargo, el TEDH, en su jurisprudencia, ha acabado reconociendo que el derecho de instrucción, con independencia de su lenguaje negativo con el que fue redactado, deriva obligaciones positivas a cargo de los Estados.¹⁰⁶

Sobre el derecho a la libertad sindical, protegido por el artículo 11 del CEDH, bajo el derecho de asociación, el TEDH ha ido estableciendo que, en realidad, a pesar de estar consagrada en el derecho de asociación, aquélla es una manifestación de éste, dándole una especie de autonomía en el Convenio. Bajo esta interpretación, ha reconocido el derecho de fundar sindicatos,¹⁰⁷ afiliarse a los ya existentes,¹⁰⁸ las afectaciones que se tiene cuando se exige la sindicación obligatoria.¹⁰⁹ los derechos de negociación colectiva¹¹⁰ y el derecho de huelga.¹¹¹

¹⁰⁵ Díaz Ricci, Sergio y Santolaya, Pablo, “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, en García Roca, Javier, Fernández et al. (edits.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Madrid, Civitas, 2012, p. 276.

¹⁰⁶ Véase: *Caso Chipre vs. Turquía*, Application 25781/94, Sentencia de 10 de mayo de 2001; *Caso D. H. y otros vs. la República Checa*, Application 57325/00, Sentencia de 7 de febrero de 2006; y *Caso Orsus y otros vs. Croacia*, Application 15766/03, Sentencia de 13 de marzo de 2010.

¹⁰⁷ Véase: *Casos Associated Society of Locomotiva Engineers and Firemen vs. Reino Unido*, Application 11002/05, Sentencia de 27 de febrero de 2007 y *Caso Young, James y Webster vs. Reino Unido*, Applications 7601/76 y 7806/77, Sentencia de 13 de agosto de 1981.

¹⁰⁸ Véase: *Casos Associated Society of Locomotiva Engineers and Firemen vs. Reino Unido*, Application 11002/05, Sentencia de 27 de febrero de 2007.

¹⁰⁹ Véase: *Caso Gustafsson vs. Suecia*, Application No. 15573/89, Sentencia de 25 de abril de 1996 y *Caso Sorensen y Rasmussen vs. Suecia*, Applications 52562/99 y 52620/99, Sentencia de 11 de enero de 2006.

¹¹⁰ Véase: *Caso Wilson, National Union of Journalists y otros vs. Reino Unido*, Applications 30668/96, 30671/96 y 30678/96, Sentencia de 2 de julio de 2002 y *Caso National Union of Belgian Police vs. Bélgica*, Application 4464/70, Sentencia de 27 de octubre de 1975.

¹¹¹ Véase: *Caso Schmidt y Dahlström vs. Suecia*, Application 5589/72, Sentencia de 6 de febrero de 1976 y *Caso Sindicato Enerji Yapi-Yol Sen vs. Turquía*, Application No. 68959/01, Sentencia de 21 de abril de 2009.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

En tercer lugar, el derecho al trabajo (y sus condiciones para realizarlo), no se encuentra expreso en el texto del Convenio, sino que la única disposición relativa a esta temática se encuentra plasmada en el artículo 4 del CEDH que expresa la prohibición de todas las formas de trabajo forzado u obligatorio como forma de prohibición de esclavitud. De esta forma, el CEDH ha garantizado condiciones como que el trabajo no sea de manera involuntaria¹¹² o que no se realice bajo amenaza.¹¹³ Ya con más cercanía con el derecho al trabajo, el TEDH ha considerado la necesidad de implantar recursos efectivos antes escenarios de despidos,¹¹⁴ investigación en accidentes laborales,¹¹⁵ la discriminación para acceder a determinados empleos¹¹⁶ o despidos por motivos políticos o ideológicos.¹¹⁷

Sobre el segundo grupo de derechos, aquellos derechos que no se encuentran expresamente en el CEDH pero que han sido derivados de otras disposiciones –seguridad social, protección al ambiente, vivienda y salud–, podemos observar la siguiente práctica del Tribunal Europeo. En cuando al derecho a la seguridad social, este derecho ha sido derivado del derecho de propiedad contemplado en el artículo 1 del Protocolo 1 a partir

¹¹² Cfr. Comisión Europea de Derechos Humanos en el *Caso I. vs. Noruega*, Application 468/62, Decisión de 17 de diciembre de 1962.

¹¹³ Véase: *Caso van der Musselle vs. Bélgica*, Application 8919/80, Sentencia de 23 de noviembre de 1983.

¹¹⁴ Véase: *Caso Deumeland vs. Alemania*, Application No. 9384/81, Sentencia de 17 de diciembre de 1996; *Caso Duclos vs. Francia*, Applications 20940/92, 20941/92 y 20942/92, Sentencia de 17 de diciembre de 1996; *Caso Mianowicz vs. Alemania*, Application 42505/98, Sentencia de 18 de octubre de 2001 y *Caso Mangualde Pinto vs. Francia*, Application 43491/98, Sentencia de 9 de abril de 2002.

¹¹⁵ Véase: *Caso Pereira Henriques vs. Luxemburgo*, Application 44872/98, Sentencia de 9 de mayo de 2006.

¹¹⁶ Véase: *Caso Sidabras vs. Lituania*, Application 55480/00 59330/00, Sentencia de 27 de julio de 2004 y *Caso Rainys y Gasparavicius vs. Lituania*, Applications 70665/01 y 74345/01, Sentencia de 7 de abril de 2006.

¹¹⁷ Véase: *Caso Sidabras vs. Lituania*, Application 55480/00 59330/00, Sentencia de 27 de julio de 2004; *Caso Thlimmenos vs. Grecia*, Application No. 34369/97, Sentencia de 6 de abril de 2002 y *Caso Perry vs. Letonia*, Application 63737/00, Sentencia de 8 de noviembre de 2007.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

del concepto de “bienes”.¹¹⁸ En cuanto al derecho a la protección del medio ambiente¹¹⁹ éste ha surgido en la jurisprudencia europea a partir de la protección del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8¹²⁰ y de la protección del derecho a la vida del artículo 2¹²¹ del CEDH. En cuanto al derecho a la vivienda el TEDH lo garantiza por los derechos a la integridad,¹²² la vida privada y familiar,¹²³ la igualdad¹²⁴ o la propiedad privada.¹²⁵ En

¹¹⁸ El Tribunal Europeo ha entendido que las prestaciones del sistema de seguridad social pueden ser consideradas un bien al que la persona tendría derecho, en la medida en que lo reconociera la legislación nacional, y precisamente por su contribución al sistema de seguridad social correspondiente, contribución que generaría una expectativa razonable de acceso a la prestación social correspondiente. Cfr. *Caso Stec vs. Reino Unido*, Application 65731/01 65900/01, Sentencia de 12 de abril de 2006; *Caso Wessels-Bergervoet vs. Holanda*, Application 34462/97, Sentencia de 12 de noviembre de 2002 y *Caso Andrejeva contra Letonia*, Application 55707/00, Sentencia de 18 de febrero de 2009.

¹¹⁹ El TEDH ha reconocido que la mera contaminación ambiental no supone siempre una lesión del artículo 8 del CEDH, ya que éste no garantiza un “derecho a la preservación del medio ambiente”. Para que esta “contaminación” afecte al ámbito protegido por el artículo 8 CEDH, debe alcanzar un cierto nivel, que depende de todas las circunstancias del caso, como, por ejemplo, la intensidad y la duración de la molestia y sus efectos nocivos. *Caso Powell and Rayner*, Application 9310/81, Sentencia de 21 de febrero de 1990 y *Caso Hatton y otros vs. Reino Unido*, Application 36022/97, Sentencia de 2 de octubre de 2001.

¹²⁰ En el *Caso Taskin contra Turquía*, Application 46117/99, Sentencia de 10 de noviembre de 2004, el TEDH condenó a Turquía por las prácticas de explotación de las minas de oro basadas en la técnica del cianuro. Estos casos destacan porque declaran los efectos nocivos, no directamente en relación con la vida privada o el domicilio de una persona, sino sobre el medio ambiente, creando una obligación positiva de evitarlo y de informar a la sociedad de los procedimientos que puedan provocar un daño medioambiental.

¹²¹ Cfr. *Caso Öneriyildiz vs. Turquía*, Application 48939/99, Sentencia de 18 de junio de 2002.

¹²² Cfr. *Caso Dulas vs. Turquía*, Application 25801/94, Sentencia de 30 de enero de 2001 y *Caso Nuri Kurt vs. Turquía*, Application 37038/97, Sentencia de 29 de noviembre de 2005.

¹²³ Cfr. *Caso Connors vs. Reino Unido*, Application 66746/01, Sentencia de 27 de mayo de 2004; *Caso Stankova vs. Eslovaquia*, Application 7205/02, Sentencia de 9 de octubre de 2007; *Caso Cosic vs. Croacia*, Application 8261/06, Sentencia de 15 de enero de 2009 y *Caso Larkos vs. Chipre*, Application 29515/95, Sentencia de 18 de febrero de 1999.

¹²⁴ Cfr. *Caso Olaru y otros vs. Moldavia*, Applications 476/07, 22539/05, 17911/08 y 13136/07, Sentencia de 28 de julio de 2009.

¹²⁵ Cfr. *Caso James y otros vs. Reino Unido*, Application 8793/79, Sentencia de 21 de febrero de 1986 y *Caso Mellacher y otros vs. Austria*, Applications 10522/83, 11011/84 y 11070/84, Sentencia de 19 de diciembre de 1989.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

cuanto al derecho a la salud, éste se ha garantizado en el SEDH mediante el derecho a la vida, la integridad, la vida privada y familiar o la propiedad privada.¹²⁶

Como podemos constatar, en una primera aproximación, el TEDH, dado sus propios medios, no cuenta con una norma que expresamente pueda dotar de plena autonomía de los derechos sociales por lo que sus desarrollos se han visto limitados a la práctica jurisprudencial vía indirecta a través de derechos civiles y políticos.

B. Comité Europeo de Derechos Sociales

En el caso del Sistema Europeo, el instrumento regional que actualmente tiene un catálogo más amplio y taxativo en materia de derechos sociales es la *Carta Social Europea*, abierta a la firma a los Estados en Turín el 8 de octubre de 1961. Los Estados miembros del Consejo de Europa reconocieron que, cuando en 1951 se adoptó el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sólo convinieron en garantizar a sus pueblos los derechos civiles y políticos; sin embargo, con la *Carta Social Europea* los pueblos europeos garantizaron los derechos sociales con objeto de mejorar su nivel de vida y su bienestar social.

Como se había mencionado, en el Sistema Europeo, la *Carta Social Europea* enumera una lista más amplia de derechos sociales entre los cuales se encuentran: condiciones laborales,¹²⁷

¹²⁶ Véase: *Caso Cha 'are Shalom Ve Tsedek vs. Francia*, Application 27417/95, Sentencia de 27 de junio de 2000, *Caso Calvelli y Ciglio vs. Italia*, Application No. 32967/96, Sentencia de 17 de enero de 2002 y *Caso Codarcea vs. Rumanía*, Application 31675/04, Sentencia de 2 de junio de 2009; *Caso Tarariyeva vs. Rusia*, Application 4353/03, Sentencia de 14 de diciembre de 2006 y *Caso Brânduse vs. Rumanía*, Application 6586/03, Sentencia de 7 de abril de 2009.

¹²⁷ Es de resaltar que la gran mayoría de las disposiciones de la *Carta Social Europea* hacen especial énfasis al derecho al trabajo en diferentes vertientes; ya que se contempla la protección de las condiciones laborales equitativas, a la seguridad e higiene en el trabajo, remuneración equitativa, negociación colectiva, protección de los niños, niñas y adolescentes de condiciones laborales, protección de la maternidad de las trabajadoras, orientación profesional, formación profesional, derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo de profesión sin

derechos sindicales (artículo 5), salud (artículo 11), seguridad social (artículo 12), asistencia social y médica (artículo 13), beneficios de los servicios sociales (artículo 14), derecho a la vivienda (artículo 31); de igual manera la Carta Social hace especial énfasis en ciertos grupos de protección como lo son las personas con discapacidad¹²⁸ (artículo 15), niños, niñas y adolescentes (artículo 17), trabajadores migrantes y sus familias (artículo 19) y a las personas adultas mayores (artículo 23).¹²⁹

Un aspecto relevante que tutela la Carta Social Europea lo encontramos en el artículo 30 que protege a *las personas contra la pobreza y la exclusión social*; por lo que los Estados se comprometen

a adoptar medidas en el marco de un planteamiento global y coordinado para promover el acceso efectivo, en particular al empleo, a la vivienda, a la formación, a la enseñanza, a la cultura, a la asistencia social y médica, de las personas que se encuentren o corran el riesgo de encontrarse en una situación de exclusión social o de pobreza, así como de sus familias.

Este precepto de la *Carta Social Europea* tiene explícitamente como finalidad aliviar la pobreza y la exclusión social obligan-

discriminación por razón del sexo, derecho a la información y la consulta, derecho a participar en la determinación en la mejora de las condiciones de trabajo y del entorno de trabajo, protección en caso de despido, derecho de los trabajadores a la tutela de sus créditos en caso de insolvencia de su empleador, derecho a la dignidad del trabajo, derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato, los derechos de los representantes de los trabajadores a protección en la empresa y facilidades que se les deberán conceder, derecho a la información y consulta en los procedimientos de los despidos colectivos.

¹²⁸ Hace mención el artículo a la protección de los *derechos de las personas minusválidas a la autonomía, la integración social y la participación en la vida de la comunidad*, sin embargo es de destacar que la concepción de “minusválidos” fue un concepto que se acuñó bajo el modelo médico de la discapacidad por lo que para los efectos de este trabajo hemos optado por seguir el lenguaje que adopta la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que consagra el modelo de derechos humanos de la discapacidad.

¹²⁹ El artículo hace mención a la protección de los *derechos de las personas de edad avanzada y protección social*.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

do a los Estados a tener un enfoque integral con respecto de esas cuestiones. Así, se entiende *pobreza* como aquella que cubre a personas que se encuentran en situaciones que van de la pobreza extrema por varias generaciones en esas familias, a aquellos que están expuestos provisionalmente al riesgo de sufrirla. Por su parte, la expresión *exclusión social*, se entiende como la situación de las personas que se encuentran en una posición de pobreza extrema debido a una acumulación de desventajas, que sufren situaciones o acontecimientos degradantes o marginalización, cuyos derechos a recibir ciertos beneficios (brindados por el Estado) pueden haber expirado hace tiempo o cuyas situaciones es producto de circunstancias concurrentes.¹³⁰

El Comité Europeo de Derechos Sociales, órgano equivalente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos pero que aplica la Carta Social Europea, tiene dos mecanismos para hacerla cumplir: los informes y las denuncias colectivas. Respecto de las denuncias colectivas, el Protocolo de 1995 a la Carta Social Europea permite que presenten denuncias las organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores al que se refiere el apartado 2 del artículo 27 de la Carta, otras organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa y las organizaciones nacionales representativas de empleadores y de trabajadores sometidas a la jurisdicción de la Parte Contratante contra la que se dirige la reclamación.¹³¹

Finalmente, la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales se ha enfocado en gran medida a la protección de los derechos de la infancia, personas con discapacidad, per-

¹³⁰ Véase: Khaliq, Urfan y Churchill, Robín, “El Comité Europeo de Derechos Sociales: darle cuerpo al esqueleto de la Carta Social Europea”, en Langford, Malcolm (edit.), *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 2013.

¹³¹ Véase: Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de 1995, artículo 1.

sonas extranjeras y las personas de la etnia gitana, derechos laborales como la seguridad e higiene en el trabajo.¹³²

3. Sistema Africano de Derechos Humanos

El Sistema Africano de Derechos Humanos presenta menos problemas al momento de hacer efectivos los derechos de carácter económico, social y cultural. La Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (en adelante “la Carta Africana” o “Carta de Banjul”), de 1981, contempla tanto derechos civiles y políticos como derechos de índole económico, social y cultural,¹³³ entre los que encontramos: el derecho al trabajo (artículo 15), el derecho a la salud (artículo 16), el derecho a la educación (artículo 17.1), derecho a la cultura (artículo 17.2 y 17.3) el derecho al uso y goce de sus riquezas y recursos naturales (artículo 21), el derecho al desarrollo (artículo 22) y el derecho al medio ambiente (artículo 24).

La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante “la Comisión Africana”) apuntó que

la singularidad de la situación africana y las cualidades especiales de la Carta Africana impone a la Comisión Africana una tarea importante pues el derecho internacional y los derechos humanos deben ser sensibles a las circunstancias africanas; claramente los derechos colectivos, los derechos ambien-

¹³² Al respecto puede consultarse: Jimena Quesada, Luis, “La jurisprudencia europea sobre derechos sociales”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un lus Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2011, pp. 290-296.

¹³³ Ssenyonjo, Manisuli, “Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter”, en Ssenyonjo, Manisuli, *The African Regional Human Rights System : 30 years after the African Charter on Human and People’s Rights*, International Studies in Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, p. 57.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

tales y los derechos económicos y sociales son elementos esenciales de los derechos humanos en África.¹³⁴

De esta manera la Comisión Africana dejó sentado que aplicará cualquiera de los diversos derechos contenidos en la Carta Africana; así, se da la oportunidad para dejar claro que no existe derecho en la Carta Africana que no pueda ser hecho efectivo.¹³⁵ En el Sistema Africano, la Comisión Africana ha declarado violaciones autónomas a derechos sociales consagrados en la Carta Africana o bien ha desarrollado otros derechos sociales que no se encuentran expresamente reconocidos en la Carta a través de los existentes en dicho instrumento internacional.

Sobre el derecho a la salud en el caso *Purohit and Moore vs. Gambia*, la parte demandante argumentó que el régimen legal de salud aplicable en Gambia a las personas con algún grado de discapacidad mental violaba el derecho a gozar del mejor estado de salud física y mental alcanzable contemplado en el artículo 16 de la Carta Africana. En este sentido, los representantes argumentaban que la “*Ley de Detención de Lunáticos*” era incompatible con el derecho a la salud contemplado en el artículo 16 y con el artículo 18.4 que consagra la protección de medidas especiales para las personas con discapacidad (ajustes razonables) pues no existían disposiciones o requisitos que deberían ser observados durante el diagnóstico, certificación y detención del paciente.¹³⁶ En este sentido, la Comisión Africana consideró que era evidente que el esquema de la Ley referida era deficiente en cuanto a los objetivos terapéuticos, así como la provisión de adaptar recursos y programas de tratamiento de las personas con discapacidad mental, una situación que el Estado demandado no negó, pero al mismo tiempo la Comisión Africana

¹³⁴ African Commission on Human and People’s Rights. The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights vs. Nigeria Communications 155/96, párr. 68.

¹³⁵ *Idem*.

¹³⁶ ACHPR, Comunicación 241/2001, *Caso Purohit y Moore vs. Gambia*, 29 de mayo de 2003, párr. 4.

constató que el Estado sí tenía los recursos para satisfacer los derechos establecidos en los artículos 16 y 18.4 de la Carta de Banjul.¹³⁷ Al respecto la Comisión Africana externó que:

80. El disfrute del derecho humano a la salud, ya es ampliamente conocido que es vital en todos los aspectos de la vida y el bienestar de una persona, y es fundamental para la realización de todos los demás derechos humanos y libertades fundamentales. Este derecho incluye el derecho a los servicios de salud, el acceso a bienes y servicios que se deben garantizar a todos sin discriminación de ningún tipo.

81. Más aún, como resultado de la condición y en virtud de la discapacidad, los pacientes con [alguna discapacidad mental] deben ser sometidos a un tratamiento especial que les permita no sólo alcanzar, sino también mantener un nivel óptimo de independencia y desempeño de acuerdo al artículo 18.4 de la Carta Africana...

82.- [La] Salud Mental incluye el análisis y el diagnóstico de la condición mental de la persona y el tratamiento, la atención y la rehabilitación de una enfermedad mental o sospecha de enfermedad mental...¹³⁸

La Comisión Africana, reconociendo las circunstancias fácticas, en especial los índices de pobreza, consideró que si bien los países africanos no se encuentran en posibilidad de proveer servicios, infraestructura y recursos necesarios para salvaguardar el derecho a salud de manera general, los Estados Parte tienen la obligación de tomar medidas *concretas y específicas*, aprovechando plenamente sus recursos disponibles, a fin de asegurar que el derecho a la salud se realice plenamente en todos sus aspectos y sin discriminación.¹³⁹ Así, si bien la Comisión Africana felicitó al gobierno porque no existía escasez de ciertos medicamentos para las personas con discapacidad mental –y

¹³⁷ *Ibidem*, párr. 83.

¹³⁸ *Ibidem*, párrs. 80-82.

¹³⁹ *Ibidem*, párr. 84.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

en aquellos casos en los que existía el Estado hacía todos los esfuerzos para aliviar ese problema— y que si bien el gobierno conocía los aspectos obsoletos de la Ley y había considerado durante mucho tiempo medidas administrativas para complementar y/o reformar las partes arcaicas de dicha Ley, esto no era suficiente pues, a juicio de la Comisión Africana, estaban en juego los derechos y las libertades de las víctimas, por lo que a las personas con discapacidad mental no se les debe negar su derecho a la atención médica adecuada, que es crucial para su supervivencia e inclusión en la sociedad.¹⁴⁰

Respecto al derecho al trabajo, en el *Caso Instituto de Derechos Humanos y Desarrollo en África vs. Angola*, derivado de un proceso colectivo y masivo de expulsión de personas migrantes dentro de territorio angoleño, la Comisión Africana analizó el argumento de los representantes en el sentido de que las víctimas se encontraban en posesión de documentos oficiales, incluidos los pasaportes, visados, permisos de trabajo y de residencia, que permitía permanecer y trabajar legalmente en Angola. Además, a las víctimas del caso se les había pedido que pagaran por sus permisos de trabajo para que pudieran seguir laborando en las minas; no obstante fueron detenidos en razón de que los extranjeros no se les permitía participar en actividades mineras en Angola¹⁴¹ y el Estado no remitió ningún argumento para refutar ninguna de las alegaciones hechas. Al respecto la Comisión Africana consideró que la expulsión repentina sin haberse ajustado los procedimientos al debido proceso o a interponer recursos en los tribunales nacionales para impugnar las acciones del Estado demandado, constituyó un hecho grave sobre el derecho a seguir trabajando en condiciones equitativas y satisfactorias que tutela el artículo 15 de la Carta Africana: en consecuencia, la Comisión Africana sostuvo que las acciones de Angola sobre el arresto arbitrario, detención y posterior expulsión dio lugar a

¹⁴⁰ *Ibidem*, párr. 85.

¹⁴¹ ACHPR, Comunicación 292/2004, *Instituto de Derechos Humanos y el Desarrollo en África vs. República de Angola*, de mayo de 2008, párr. 75.

que las personas que se encontraban trabajando legalmente en Angola perdieran sus puestos de trabajo de una forma que es equivalente a la violación del artículo 15 de la Carta de Banjul.¹⁴²

Con independencia de estos desarrollos jurisprudenciales, una de las grandes interrogantes que se han planteado es el tema de los “*derechos sociales perdidos*”; así, la Carta de Banjul a pesar de consagrar derechos sociales no hace referencia expresa a una adecuada forma de vida (incluido el derecho a la alimentación, ropa y vivienda), el derecho a la seguridad social o el beneficio de los progresos científicos y es que lo más desconcertante es que esos derechos “perdidos” en la Carta de Banjul están relacionados con las necesidades socio-económicas de las personas de la África predominantemente rural y empobrecida quienes tienen un bajo acceso a agua potable, una vivienda adecuada, alimento, etcétera.¹⁴³

No obstante, la práctica jurisprudencial puede desarrollar más el alcance de las disposiciones de la Carta Africana, como otros tribunales lo han hecho en su práctica.¹⁴⁴ Un caso en el cual la Comisión Africana interpretó más allá de la literalidad de la Carta Africana fue en el caso *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) vs. Nigeria* –mejor conocido como el *Caso del Pueblo Ogoni*–. En este caso, los representantes argumentaron que el gobierno de Nigeria había participado directamente en la producción de petróleo a través de una empresa petrolera estatal (Compañía Nacional de Petróleo de Nigeria-NPC) y que las operaciones habían causado una degradación ambiental y problemas de salud derivados de la contaminación al medio ambiente en el pueblo Ogoni.¹⁴⁵

¹⁴² *Ibidem*, párr. 76.

¹⁴³ Cfr. Alemahu Yeshanew, Sisay, *The Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the African Regional Human Rights System*, Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 241.

¹⁴⁴ Salamero, Teixidó, Laura, *op. cit.*, p. 74.

¹⁴⁵ ACHPR, Comunicación 155/96 Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) / Nigeria, 27 de octubre de 2001, párr. 1.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

En relación al derecho a la salud (artículo 16) y el derecho al medio ambiente (artículo 24) la Comisión Africana señaló que estos derechos reconocen la importancia de un entorno limpio y seguro que está estrechamente ligado a los derechos económicos, sociales y culturales en la medida que el entorno afecta la calidad de vida y la seguridad de las personas.¹⁴⁶ Específicamente en cuanto al artículo 24 la Comisión Africana consideró que la expresión que usa este artículo (*derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo*) equivale al derecho a un medio ambiente sano; así, en el marco de este derecho se le impone al Estado que adopte medidas razonables y de otra índole para prevenir la contaminación y la degradación ecológica, para promover la conservación, así como asegurar un desarrollo ecológicamente sostenible y el uso de los recursos naturales.¹⁴⁷ De esta manera, el cumplimiento de los gobiernos en el tenor de los artículos 16 y 24 de la Carta Africana debe incluir estudios de impacto ambiental y social antes de cualquier desarrollo industrial importante, la realización de un seguimiento adecuado y la información para las comunidades expuestas a los materiales y actividades peligrosas, proporcionando oportunidades significativas para que las personas sean escuchadas en la toma de decisiones de los planes de desarrollo que afecten sus comunidades.¹⁴⁸ En este caso constató que ninguna de las medidas descritas anteriormente habían sido tomadas por el gobierno nigeriano en la tierra de las comunidades Ogoni.

En cuanto al derecho a disfrutar de los recursos naturales (artículo 21), los reclamantes alegaron que el gobierno de Nigeria estuvo involucrado en la producción de petróleo y por lo tanto no supervisó ni reguló las operaciones de las compañías petroleras dentro del territorio Ogoni. Por otro lado, el gobierno tampoco incluyó a la comunidades Ogoni en la decisiones que afectaban el desarrollo de la región Ogoni, por lo que no existió

¹⁴⁶ *Ibidem*, párr. 51.

¹⁴⁷ *Ibidem*, párr. 52.

¹⁴⁸ *Ibidem*, párr. 53.

beneficios materiales para la población Ogoni.¹⁴⁹ En este tenor, la Comisión Africana refirió que a pesar de la obligación del Estado de proteger a las personas contra las interferencias en el disfrute de sus derechos, el gobierno de Nigeria facilitó la destrucción de la tierra Ogoni, lo que afectó de manera devastadora el bienestar de las comunidades, además dichas comunidades no tuvieron beneficios, lo que equivalía a la violación del artículo 21 de la Carta.¹⁵⁰

En relación a los *derechos perdidos* a los que nos referimos anteriormente, en este caso la Comisión Africana desarrolló el derecho a la vivienda adecuada y el derecho a la alimentación a partir de otros derechos de la Carta Africana. En cuanto a la violación del derecho de vivienda adecuada se analizó –conjuntamente– la violación de los artículos 14 (derecho a la propiedad), 16 (derecho al mejor estado de salud físico y mental posible/salud) y 18.1 (protección de la familia), la Comisión Africana sostuvo en la Carta de Banjul que:

60. Si bien el derecho a la vivienda o al refugio no está explícitamente previsto en la Carta Africana, el corolario de la combinación de las disposiciones que protegen el derecho a disfrutar del mejor estado posible de salud física y mental, así como el derecho a la propiedad y la protección de la familia, se prohíbe la destrucción sin sentido del refugio porque cuando la vivienda es destruida, la propiedad, la salud y la vida familiar se ven afectados de manera adversa. Por lo tanto, se observa que el efecto combinado de los artículos 14, 16 y 18.1 en la Carta Africana debe leerse en el sentido que se protege el derecho a la vivienda...

61. Como mínimo, el derecho a la vivienda obliga... a no destruir la vivienda de sus ciudadanos o de no obstaculizar los esfuerzos de los individuos o comunidades para reconstruir sus hogares perdidos. La obligación del Estado de respetar el derecho a la vivienda requiere –y por lo tanto todos

¹⁴⁹ *Ibidem*, párr. 55.

¹⁵⁰ *Ibidem*, párr. 58.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

sus órganos y agentes— a que se abstenga de llevar a cabo, propiciar o tolerar cualquier práctica, política o medida legal que viole la integridad de la persona o infringir su libertad de usar los recursos materiales o de otro tipo disponibles, de tal manera que les resulte más adecuado al individuo, la familia, las familias o a las comunidades, para satisfacer el derecho a la vivienda. Las obligaciones de proteger obligan a impedir la violación del derecho de toda persona a una vivienda por cualquier otro actor individual o no estatal, como los propietarios, promotores inmobiliarios y los propietarios de tierras, y donde se producen estas violaciones se debe actuar para evitar o impedir nuevos atropellos, así como el garantizar el acceso a recursos legales. El derecho a la vivienda va más allá de un techo pues se extiende al derecho de todo individuo a vivir en paz, ya sea bajo un techo o no.¹⁵¹

En cuanto a la violación del derecho a la alimentación se estudió de manera conjunta la violación de los artículos 4 (derecho a la vida), 16 (derecho a la salud) y 22 (derecho al desarrollo económico, social y cultural) de la Carta Africana, estimando que:

65. El derecho a la alimentación está inseparablemente vinculado con la dignidad del ser humano y, por tanto, es esencial para el disfrute y el ejercicio de los demás derechos como la salud, la educación, el trabajo y la participación política. La Carta Africana y el derecho internacional requieren [que los Estados] protejan y mejoren las fuentes de alimentos existentes y garanticen el acceso a una alimentación adecuada para todos los ciudadanos. [Requiere, además,] que los gobiernos no destruyan ni contaminen las fuentes de alimentos. No se debe permitir que los particulares destruyan o contaminen las fuentes de alimentos, e impidan los esfuerzos de las personas para alimentarse.¹⁵²

¹⁵¹ *Ibidem*, párrs. 60 y 61.

¹⁵² *Ibidem*, párr. 65.

En el caso *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) vs. Kenya* –mejor conocido como el caso de la Comunidad Endorois– la Comisión Africana abordó el derecho a la cultura (17.1 y 17.2) y al desarrollo económico, social y cultural (artículo 22). En este caso, la Comunidad Endorois no había tenido acceso a su territorio ancestral –específicamente al Lago Bogoria– por las concesiones mineras que se habían permitido en su territorio ancestral, lo que les impedía realizar sus prácticas culturales.

En cuanto al derecho a la cultura, la Comisión Africana expresó que la protección de los derechos humanos van más allá de la obligación de no destruir o debilitar deliberadamente a grupos minoritarios, sino que requiere el respeto y la protección de su herencia religiosa y cultural esencial para su identidad de grupo, incluidos los edificios y sitios tales como bibliotecas, iglesias, mezquitas, templos y sinagogas. Además, agregó, que el artículo 17 de la Carta Africana es de una doble dimensión (naturaleza individual y colectiva) pues por una parte protege la participación de los individuos en la vida cultural de su comunidad y, por otro, obliga al Estado a promover y proteger los valores tradicionales reconocidos en la comunidad. De este modo, se debe entender

la cultura en el sentido de todo complejo que incluya una asociación espiritual y física con las tierras ancestrales, conocimientos, creencias, arte, normas, moral, costumbres o cualesquiera otras capacidades o hábitos adquiridos por el hombre como miembros de la sociedad –la suma total de las actividades materiales y espirituales y los productos de un grupo social dado que lo distingue de otros grupos similares–.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SIDH

Por lo que la identidad cultural abarca la religión y el idioma de un grupo y otras características que lo definen.¹⁵³ En suma, fue de la opinión que:

246. [En] su interpretación de la Carta Africana, se ha reconocido el deber del Estado de tolerar la diversidad y de introducir medidas de protección de los grupos de identidad diferentes de las del grupo mayoritario o dominante. Así, se ha interpretado el artículo 17.2 en el sentido de obligar a los gobiernos a tomar medidas destinadas a la conservación, desarrollo y difusión de la cultura, así como la promoción de la identidad cultural como factor de apreciación mutua entre individuos o grupos... promover el conocimiento y el disfrute del patrimonio cultural de los grupos étnicos y minorías nacionales y de los sectores indígenas de la población.

...

248. [El] Estado no sólo tiene una obligación aún mayor en términos de tomar medidas positivas para proteger a los grupos y comunidades... sino también para promover los derechos culturales, incluyendo la creación de oportunidades políticas, institucionales u otros mecanismos que permitan a las diferentes culturas y formas de vida de existir...

La Comisión Africana concluyó que el Estado no había tenido en cuenta el hecho de que mediante la restricción al acceso al Lago Bogoria, se había negado el acceso a la comunidad a un sistema integrado por creencias, valores, normas, costumbres y tradiciones, por lo que se violaba el artículo 17 en sus numerales 2 y 3.¹⁵⁴

En cuanto al derecho a la violación del derecho al desarrollo, la Comisión Africana expresó que éste tiene dos facetas pues constituye un medio y un fin, y en tanto sólo se cumpla una

¹⁵³ ACHPR, Comunicación 276/03 *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council vs. Kenya*, 25 de noviembre de 2009, párr. 241.

¹⁵⁴ *Ibidem*, párrs. 250-251.

de las dos constituye una violación al derecho al desarrollo. Al respecto, la Comisión Africana consideró que el derecho al desarrollo requiere el cumplimiento de cinco criterios: a) debe ser equitativo, b) no discriminatorio, c) participativo, d) responsable y e) transparente.¹⁵⁵ Al tratarse de un caso de una comunidad indígena, la Comisión Africana desarrolló el contenido de estos criterios a la luz de las obligaciones de consulta (previa, libre, informada y de buena fe) y beneficios compartidos y vida digna desarrollados por el derecho internacional en materia indígena y el Sistema Interamericano.¹⁵⁶ Así, la Comisión Africana fue de la opinión que el Estado tenía la obligación de crear condiciones favorables para el desarrollo de un pueblo.¹⁵⁷

Sin duda el Sistema Africano se aventura como un sistema con un estándar mayor de protección a los derechos de naturaleza social explícita y contundentemente reconocido en su articulado; no obstante, hay que tener en cuenta que éste es el más “joven” de los tres sistemas regionales de protección de derechos humanos y apenas está en una fase temprana de funcionamiento y en pleno desarrollo de sus estándares regionales.¹⁵⁸

¹⁵⁵ *Ibidem*, párr. 277.

¹⁵⁶ *Ibidem*, párrs. 278-297.

¹⁵⁷ *Ibidem*, párr. 298.

¹⁵⁸ Cfr. Salamero Teixidó, Laura, *op. cit.*, p. 75.