

Los estándares
internacionales referidos a
los derechos económicos,
sociales, **(DESCA)**
culturales y
ambientales y su desarrollo
a nivel constitucional



OBSERVATORIO
CIUDADANO

Los estándares internacionales referidos a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y su desarrollo a nivel constitucional



© Observatorio Ciudadano | Enero de 2022

Autor:

• Silvana Lauzán

Entidad editora:

• Observatorio Ciudadano

Artículo liberado bajo licencia Creative Commons



Licencia Creative Commons:

Reconocimiento - No comercial - Compartir igual: El artículo puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se reconoce la autoría en los créditos. No se puede obtener ningún beneficio comercial y las obras derivadas tienen que estar bajo los mismos términos de licencia que el trabajo original. Más información en: <http://creativecommons.org>

OBSERVATORIO CIUDADANO | Antonio Varas 428 | Temuco - Chile
+56 45 2 213963 | +56 45 2 218353 | contacto@observatorio.cl

Los estándares
internacionales referidos a
los derechos económicos,
sociales, **(DESCA)**
culturales y
ambientales y su desarrollo
a nivel constitucional

Silvana Lauzán^{1*}

Enero 2022

1 * Silvana Lauzán es Licenciada en Ciencia Política y Gobierno, y Magíster en Sociología en el London School of Economics and Political Science del Reino Unido.

- Presentación -

El presente documento de trabajo se analiza “Los estándares internacionales referidos a Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) y su desarrollo a nivel constitucional”. Tal como su nombre lo sugiere, en él se desarrollan inicialmente los estándares internacionales referidos a estos derechos, incluyendo entre otros el derecho al medio ambiente sano, el derecho humano al agua, el derecho a una vivienda adecuada, el derecho a la seguridad social y el derecho a la salud, analizando fuentes tanto del Sistema Universal de Derechos Humanos como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En cada uno de estos derechos se analiza y desarrolla el alcance que estos tienen para el caso de los pueblos indígenas. Destacan en relación al derecho al medio ambiente sano su desarrollo progresivo desde la década de los setenta en ambos sistemas –Universal y regional- como consecuencia del deterioro ambiental en el planeta, siendo este concebido hoy como derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Se trata de un derecho que ha sido regulado a través de diversos instrumentos y jurisprudencia internacional para el caso de los pueblos indígenas, dada su estrecha relación con el medio ambiente de las tierras y territorios que tradicionalmente ocupan. Como parte de este capítulo se da cuenta del reciente Acuerdo Regional sobre el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, o “Acuerdo de Escazú de Democracia Ambiental”, acuerdo que refuerza la protección del derecho a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible. En relación al derecho humano al agua se da cuenta de su desarrollo, también progresivo, siendo un hito fundamental la Resolución 64/292 de Naciones Unidas de 2010, la que consagra “el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”. Al igual que el derecho al medio ambiente, el derecho de los pueblos indígenas al agua, así como sobre otros recursos naturales que existen en sus tierras y territorios, es abordado acá tanto a través de la normativa específica como de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En este documento de trabajo también se aborda el desarrollo del derecho a una vivienda adecuada reconocido en el derecho humanitario internacional y en el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la seguridad social y a la salud. Ello en su dimensión general aplicable a todas las personas, en particular a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

y Culturales de Naciones Unidas, y del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), como en su aplicación específica a los pueblos indígenas a través del Convenio 169 de la OIT.

Finalmente, en él se hace un análisis de la normativa referida a los DESCAs en las Constituciones Políticas de Argentina, Uruguay, Brasil, Bolivia, Ecuador, Colombia y México. Ello como consecuencia de los procesos democratizadores experimentados por dichos estados, muchos de los cuales se identifican como “Estado social y democrático de derecho”, lo que se ven reflejado en dichas cartas fundamentales en la consagración de los derechos antes referidos. Se da cuenta, sin embargo, de las tensiones y las brechas en el cumplimiento práctico de las obligaciones que emanan de estas constituciones en estas materias.

Se incluye en su parte final un recuadro con los titulares de las normativas más relevantes de estos estados en materia de DESCAs.

Agradecemos al National Endowment for Democracy (NED) el apoyo a la elaboración y publicación de este documento de trabajo- Esperamos que pueda aportar conocimientos y elementos que puedan potenciar la participación de los pueblos indígenas y de otros grupos de especial protección, son los migrantes y el pueblo tribal afrodescendiente chileno, en el proceso constituyente en desarrollo en el país a través de la Convención Constitucional, participación sin la cual los derechos colectivos que les corresponden como tales, así como los DESCAs, difícilmente serán recogidos en la carta fundamental que de ella emane.

Hernando Silva

Co Director
Observatorio Ciudadano

1. - Introducción -

En las últimas décadas ha existido un amplio desarrollo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), tanto a nivel normativo y jurisprudencial, como a nivel institucional y en las políticas públicas. Algunos problemas evidentes de los modelos de desarrollo en países de la región, sumado a los sostenidos niveles de desigualdad existentes, y los efectos que ello tiene en las posibilidades de garantizar una vida digna para las personas, han acompañado la pertinencia de este desarrollo, a lo largo del cual diferentes organizaciones sociales y de la sociedad civil, movimientos ambientalistas, defensores y defensoras de derechos humanos, han contribuido de manera central.

Es innegable que en las democracias contemporáneas en la región, los resultados de esta han sido, en varios sentidos, decepcionantes en relación con las legítimas expectativas de la población. Han existido, por supuesto, progresos relevantes que es necesario reconocer y profundizar. No obstante, aun falta erradicar la brecha de desigualdad que persiste y mejorar sustancialmente las condiciones de vida de porciones muy grandes de población. Los desafíos son enormes.

Un relevante énfasis de los derechos humanos en estos tiempos es el llamado a los Estados a abordar estos desafíos con una mirada integral sobre los problemas que impactan la vida de las personas y las comunidades, y los proyectos de futuro. Una mirada integral que debe ser, a su vez, integradora y democratizante: poner en el centro de la discusión sobre políticas públicas a las personas y a las comunidades en tanto sujetos de derechos; tener en cuenta los estándares internacionales de DDHH que obligan a los Estados; considerar cómo los ordenamientos constitucionales y los diseños institucionales distribuyen el poder y de este modo, robustecen o debilitan la posibilidad de que el sistema político sea considerado legítimo; habilitar la participación y articulación de los distintos grupos sociales; fortalecer un debate de políticas públicas que revele cómo ciertas categorías específicas de cada persona, como el género, la raza y la clase social, condicionan la eficacia de las políticas en condiciones de igualdad y sin discriminación; cuidar el rol de los órganos reguladores y la autonomía de los fiscalizadores; exigir la transparencia y la debida diligencia de las corporaciones, entre otros.

La efectiva garantía de los DESCAs depende de una comprensión integral de los desafíos vigentes. Este análisis busca revisar una porción de dichos desafíos.

En este Capítulo se describe y analiza fundamentalmente el desarrollo que en el derecho internacional de los derechos humanos ha tenido el derecho a un medio ambiente sano, el derecho humano al agua, el derecho a una vivienda adecuada, el derecho a la seguridad social y el derecho a la salud. Se analiza, en particular, el alcance del reconocimiento de estos derechos para el caso de los pueblos indígenas. En el mismo se incluye una referencia al tratamiento de estos derechos en las constituciones políticas de América Latina.

2. - Estándares internacionales -

2.1. Derecho a un medio ambiente sano

Los estándares internacionales del derecho a un medio ambiente sano se han desarrollado progresivamente desde la aprobación de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* en 1948. Inicialmente, al igual que ocurre con otros derechos humanos, su conceptualización era indirecta, en parte como reflejo de que la preocupación principal giraba en ese entonces en torno a la necesidad de garantizar la paz en el mundo e impedir que genocidios como el holocausto se volvieran a repetir. Con posterioridad, comenzaron a elaborarse los conceptos para el resguardo de este derecho, en lo que muchos llaman el “enverdecimiento” de los derechos humanos.

En palabras del ex Relator Especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente, Sr. John Knox, se han “identificado dos conjuntos de derechos estrechamente vinculados al medio ambiente: a) los derechos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del medio ambiente; y b) los derechos cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales.”²

En el marco de los **instrumentos de derechos humanos no específicos sobre medio ambiente**, la mencionada Declaración de 1948 reconoce que “[t]oda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar” (art. 25.1). En 1966, este derecho se incluyó también en el artículo 11 números 1 y 2 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC). En el campo de los derechos humanos, se da por entendido que el derecho a la salud y el bienestar están en directa relación con el derecho a un medio ambiente sano.

2 “La mayoría de los derechos de la primera categoría se califican a menudo de derechos sustantivos, mientras que muchos de los derechos de la segunda categoría, cuya aplicación respalda la formulación de políticas ambientales más fuertes, se consideran con frecuencia derechos de procedimiento. Ejemplos del primer grupo son los derechos a la vida, a la salud y a la propiedad; ejemplos del segundo son los derechos a la libertad de expresión y asociación, a la información, a la participación en la toma de decisiones y a un recurso efectivo” [...]. “En realidad, todos los derechos humanos son vulnerables a la degradación ambiental, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio. Sin embargo, algunos derechos humanos son más susceptibles que otros a determinados tipos de daño ambiental.” Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox. A/HRC/22/43, párr.17. 24 de diciembre de 2012.

Por su parte, la *Convención de Derechos del Niño* adoptada en 1989, reconoce el derecho del niño y la niña al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud en el artículo 24.2.³

En el ámbito de los estándares de derechos humanos de los pueblos indígenas⁴, el *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales* (1989) referido en el Capítulo I, reconoce la necesidad de adoptar medidas para salvaguardar el medio ambiente en su art. 4.1⁵:

Por su parte, en la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, (2007), también referida en el mismo Capítulo, se reconoce el derecho a la protección del medio ambiente⁶

A nivel regional, el *Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos*, conocido como “Protocolo de San Salvador”⁷, reconoce el derecho a un Medio Ambiente Sano.⁸

En el marco de **los instrumentos y documentos referidos al medio ambiente específicamente**, en junio de 1972, se llevó a cabo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, donde el derecho a un medio ambiente libre de contaminación es reconocido como parte del derecho internacional de los derechos humanos y busca ser resguardado a través de la *Declaración*

3 “Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: [...] c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente”.

4 En el caso de los pueblos indígenas, los derechos en este ámbito deben comprenderse en el marco de sus propias cosmovisiones, sus formas de entender los procesos vitales y de habitar la tierra, que es muy diferente de aquellas propias de las culturas europeas instaladas a través de los procesos de colonización. En ese sentido, los instrumentos del derecho internacional buscan sintetizar y proteger derechos y principios cuya relevancia para la vida de los pueblos indígenas difícilmente se puede explicar en un cuerpo legal, no obstante, la importancia de su reconocimiento como un primer paso para su respeto y garantía.

5 “Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

6 “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para asegurar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.” (Artículo 29

7 El Estado de Chile aún no ha ratificado este protocolo.

8 “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano. A lo largo de los 26 principios establecidos allí se hace referencia “[a]l derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y [el hombre] tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras” (Principio 1).

Dicha declaración es, en todo sentido, perfectamente actual: allí se plantea la preocupación por los modelos de desarrollo económico elegidos por los países, por el crecimiento económico depredatorio, por el resguardo de los ambientes adecuados para la vida y el trabajo, por la contaminación de los mares, por las consecuencias de los desastres naturales, por la conservación, por el crecimiento demográfico, por la tarea de planificar, administrar o controlar la utilización de los recursos ambientales, con la indemnización a la víctimas de la contaminación, entre otras.

A este reconocimiento le siguió la *Carta Mundial de la Naturaleza*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 37/7, en octubre de 1982, y que mantiene el espíritu plasmado en la Declaración de Estocolmo, aludiendo la necesidad de que los Estados planifiquen y hagan un uso racional de los recursos naturales, que se invierta en investigación y se preserve el medio ambiente, a evitar las actividades militares que perjudiquen a la naturaleza, y también, hace un llamado a los Estados en primer lugar, y a las personas a título individual y colectivo, a las empresas, las asociaciones y los organismos internacionales, a cooperar en la tarea de conservar la naturaleza; y a la participación en la toma de decisiones y en los procedimientos para reclamar una indemnización ante daños ocurridos.

Por su parte, la *Resolución 45/94* de Naciones Unidas sobre la necesidad de asegurar un medio ambiente sano para el bienestar de las personas, adoptada el 14 de diciembre de 1990, reiteró la preocupación por el cuidado del medio ambiente e instó a profundizar el estudio sobre su relación con la garantía de los derechos humanos.

Dos años más tarde, en 1992, la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el tema, constituye uno de los hitos más relevantes en materia de estándares internacionales en este campo, que se propuso establecer nuevas alianzas y niveles de cooperación entre Estados, permitió establecer un nuevo plan de acción para el desarrollo sostenible.

Proponiendo una mirada integral a lo largo de sus 27 principios, la *Declaración de Río* parte por señalar que la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada (Principio 4). Es en esta declaración, a través de su Principio 10⁹, que se reconocen tres elementos centrales para la protección y garantía del derecho a un medio ambiente sano. Esto es, el i) derecho de acceso a la información pública, ii) el derecho a la participación, y el iii) derecho de acceso a la justicia.

El derecho de acceso a información ha sido entendido como parte del derecho a la libertad de expresión, y en ese marco, se encuentra amparado en el artículo 19 del *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*, así como en el artículo 13 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. En relación con la participación, este derecho abarca dimensiones de varios derechos contenidos en la citada Convención, tales como el derecho de reunión, la libertad de asociación, y los derechos políticos a votar, participar en los asuntos públicos, y tener acceso a la función pública. En cuanto al acceso a la justicia y la protección judicial, la misma Convención Americana afirma que “[t]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales” (art. 25). “El derecho de acceso a la justicia no solo consiste en el derecho de toda persona de acceder al órgano jurisdiccional, abarca también aspectos más amplios que buscan asegurar una respuesta efectiva por parte del sistema de justicia en aras de resolver los conflictos de relevancia jurídica y de ese modo garantizar los derechos humanos de todas las personas”¹⁰.

Finalmente, y en relación con los derechos de pueblos indígenas, la *Declaración de Río* reconoce que “Los pueblos indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y prestar el apoyo debido a

9 “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes” (Principio 10 de la Declaración de Río).

10 INDH, 2013, pág. 59.

su identidad, cultura e intereses y velar por que participaran efectivamente en el logro del desarrollo sostenible” (Principio 22)¹¹.

En 2002, a 30 años de la *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano*, y a 10 años de la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, se firma la *Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible*, adoptada en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. En esta Declaración se reitera el compromiso de los Estados con la Carta de las Naciones Unidas¹², con la implementación del Programa 21¹³, los objetivos de desarrollo del Milenio¹⁴ y el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre; se reafirma el papel vital de las poblaciones indígenas en el desarrollo; se reconoce que el sector privado tiene el deber de contribuir a la evolución de comunidades y sociedades equitativas y sostenibles en la realización de sus actividades legítimas, incluidas tanto las grandes empresas como las pequeñas empresas; y que es necesario que las empresas del sector privado asuman plena responsabilidad de sus actos en un entorno regulatorio transparente y estable.

11 Por su parte, el Convenio sobre la Diversidad Biológica señala también: “Artículo 8. Conservación in situ Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”.

12 La Carta de las Naciones Unidas es el tratado internacional fundador de la organización, y que conforma las bases de su constitución interna. La Carta se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. La Carta consiste de un preámbulo y un total de 111 artículos divididos en capítulos.

13 “Programa 21 es un plan de acción exhaustivo que habrá de ser adoptado universal, nacional y localmente por organizaciones del Sistema de Naciones Unidas, Gobiernos y Grupos Principales de cada zona en la cual el ser humano influya en el medio ambiente”. En www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21sptoc.htm

14 Los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) eran las metas que el mundo fijó para luchar contra la pobreza extrema en sus varias dimensiones: hambre, enfermedad, pobreza de ingresos, falta de vivienda adecuada, exclusión social, problemas de educación y de sostenibilidad ambiental, entre otras. Los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) fueron el resultado de un compromiso que en el año 2000 hicieron 191 jefes de Estado y de Gobierno en la Cumbre del Milenio, para trabajar a favor de ocho objetivos, que contienen un total de 17 metas. Este compromiso, conocido como la Declaración del Milenio, se firmó en septiembre del 2000 y fijó como fecha límite de cumplimiento el año 2015.

En septiembre de 2015, a través de la *Resolución 70/1* de la Asamblea General de las Naciones Unidas titulada “*Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*”, se estableció el compromiso de lograr el desarrollo sostenible en tres dimensiones —económica, social y ambiental— de forma equilibrada e integrada. En ese momento, más de 150 jefes de Estado y de Gobierno aprobaron la Agenda 2030, que contiene 17 objetivos vigentes desde el 1 de enero de 2016, los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)¹⁵.

A nivel internacional, a lo largo de este proceso hacia un mayor y mejor reconocimiento de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente, tuvo lugar un hito inédito en marzo de 2012, cuando el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó la *Resolución 19/10* a través de la cual se decidió establecer un mandato específico sobre los derechos humanos y el medio ambiente, a través de la *Relatoría sobre derechos humanos y medio ambiente*. Este mandato tiene como propósito, entre otras tareas, estudiar las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente limpio, saludable y sostenible, y promover buenas prácticas en un marco de respeto a los derechos humanos.

15 Estos nuevos objetivos instan a todos los países a adoptar medidas para promover la prosperidad al tiempo que protegen el planeta. Reconocen que las iniciativas para acabar con la pobreza deben ir de la mano de estrategias que favorezcan el crecimiento económico y aborden una serie de necesidades sociales, como la educación, la salud, la protección social y el empleo, a la vez que luchan contra el cambio climático y promueven la protección del medio ambiente. A pesar de que los ODS, al igual que los anteriores Objetivos de Desarrollo del Milenio, no son jurídicamente obligatorios, se espera que los gobiernos los adopten como propios y establezcan marcos nacionales para su logro. Dichos objetivos tienen una preocupación explícita y evidente por el medio ambiente y el desarrollo sostenible, lo que se aprecia en, a lo menos, 10 de ellos.

En su primer informe presentado al Consejo de Derechos Humanos, en marzo de 2013, el ex Relator Knox hizo hincapié en que los derechos humanos y el medio ambiente eran interdependientes (A/HRC/22/43). En su informe final sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, de enero de 2018, el ex Relator Knox presentó los **principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente**¹⁶. Los 16 principios marco establecen una serie de obligaciones de los Estados en virtud del derecho de los derechos humanos. Según lo planteado por el propio Knox, “los principios marco no generan nuevas obligaciones, sino que se hacen eco del cumplimiento de las obligaciones existentes en materia de derechos humanos en el contexto del medio ambiente”.

16 Principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente (2018)

1. Los Estados deben garantizar un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible con el fin de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos.
2. Los Estados deben respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos con el fin de garantizar un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible.
3. Los Estados deben prohibir la discriminación y garantizar una protección igual y efectiva contra ella en relación con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible.
4. Los Estados deben establecer un entorno seguro y propicio en el que las personas, los grupos de personas y los órganos de la sociedad que se ocupan de los derechos humanos o las cuestiones ambientales puedan actuar sin amenazas, hostigamiento, intimidación ni violencia.
5. Los Estados deben respetar y proteger los derechos a la libertad de expresión, asociación y reunión pacífica en relación con las cuestiones ambientales.
6. Los Estados deben impartir educación y sensibilizar a la opinión pública sobre las cuestiones ambientales.
7. Los Estados deben proporcionar acceso público a la información ambiental mediante la reunión y difusión de datos y proporcionar un acceso asequible, efectivo y oportuno a la información a cualquier persona que lo solicite.
8. A fin de evitar emprender o autorizar actividades con impactos ambientales que interfieran en el pleno disfrute de los derechos humanos, los Estados deben exigir la evaluación previa de los posibles impactos ambientales de los proyectos y políticas propuestos, incluidos sus posibles efectos en el disfrute de los derechos humanos.
9. Los Estados deben prever y facilitar la participación pública en el proceso de adopción de decisiones relacionadas con el medio ambiente y tener en cuenta las opiniones de la sociedad en ese proceso.
10. Los Estados deben facilitar el acceso a recursos efectivos por las violaciones de los derechos humanos y las leyes nacionales referentes al medio ambiente.
11. Los Estados deben establecer y mantener normas ambientales sustantivas que no sean discriminatorias y no tengan carácter regresivo, sino que sirvan para que se respeten, se protejan y se ejerciten los derechos humanos.
12. Los Estados deben garantizar la aplicación efectiva de sus normas ambientales por las entidades de los sectores público y privado.
13. Los Estados deben cooperar entre sí para establecer, mantener y aplicar marcos jurídicos internacionales eficaces a fin de prevenir, reducir y reparar los daños ambientales a nivel transfronterizo y mundial que interfieran con el pleno disfrute de los derechos humanos.
14. Los Estados deben adoptar medidas adicionales para proteger los derechos de quienes sean más vulnerables al daño ambiental o se encuentren en una situación de especial riesgo al respecto, teniendo en cuenta sus necesidades, riesgos y capacidades.
15. Los Estados deben asegurarse de que cumplen sus obligaciones con los pueblos indígenas y los miembros de las comunidades tradicionales lo que incluye:
 - a) Reconocer y proteger sus derechos a las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado;
 - b) Consultar con ellos y obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de reubicarlos o de adoptar o aprobar otras medidas que puedan afectar a sus tierras, territorios o recursos;
 - c) Respetar y proteger sus conocimientos y prácticas tradicionales en relación con la conservación y la utilización sostenible de sus tierras, territorios y recursos;
 - d) Garantizar que participan de manera justa y equitativa en los beneficios de las actividades relacionadas con sus tierras, territorios o recursos.
16. Los Estados deben respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos en el marco de las medidas que adopten para hacer frente a los problemas ambientales y alcanzar el desarrollo sostenible.

En el mes de octubre de 2018, la Relatoría presentó un informe donde se describe la constatación paulatina y consistente, a través de estudios, seminarios, visitas nacionales y sentencias, de la “ecologización” de los derechos humanos, del reconocimiento nacional y regional del derecho humano a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. En base a lo anterior, a través de la *Resolución 37/8* del Consejo de Derechos Humanos, se recomienda a los Estados:

- Dar reconocimiento mundial al derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible a través de un nuevo tratado internacional¹⁷
- Avanzar en la protección jurídica de este derecho, a través de su incorporación en los marcos constitucionales, jurídicos y normativos.

En el ámbito regional, en 2009, la Corte regional ya había reconocido la relación entre derechos humanos y medio ambiente en el Caso *Kawas Fernández Vs. Honduras*, al señalar que “[...] como se desprende de la jurisprudencia de este Tribunal¹⁸ y de la Corte Europea de Derechos Humanos¹⁹, existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos. Las formas en que la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático han afectado al goce efectivo de los derechos humanos en el continente ha sido objeto de discusión por parte de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos²⁰ y las Naciones Unidas²¹. También se advierte que un número considerable de Estados partes de la

17 Propuesta de pacto mundial por el medio ambiente, un nuevo protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y una resolución de la Asamblea General centrada en el derecho a un medio ambiente saludable.

18 En particular, en casos contenciosos y medidas provisionales relativas a los derechos de miembros de pueblos indígenas y la conexión especial de éstos con la tierra. Cfr. Asunto Pueblo Indígena Sarayaku respecto Ecuador. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte del 17 de junio de 2005, considerando 9; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 144, 149. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 131, 137, y 141; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya. Fondo, Reparaciones y Costas, supra nota 190, párrs. 118, 121 y 131; y Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 121, 122, 123, 126, 128 y 146.

19 Corte Europea de Derechos Humanos, casos Guerra y otros v. Italia, (1998); López Ostra vs. España, (1994), y Fadeyeva vs. Russia, (2005).

20 Cfr. OEA/Ser.P AG/RES. 1819 (XXXI-O/01) “Derechos humanos y medio ambiente”, Aprobada en la tercera sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2001; AG/RES. 1896 “Derechos humanos y medio ambiente en las Américas”, Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2002; AG/RES. 1926 (XXXIII/O/03) “Los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas”, Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 10 de junio de 2003; AG/RES. 2349 (XXXVII-O/07) “El agua, la salud y los derechos humanos”, Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2007 (disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2349_XXXVII-O07.doc), y AG/RES. 2429 (XXXVIII/O/08) “Derechos Humanos y Cambio Climático en las Américas”, Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008 (disponible en: http://www.oas.org/DIL/ESP/AGRES_2429.doc).

21 Cfr. resolución 2005/60 adoptada por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, titulada “Los derechos humanos y el medio ambiente como parte del desarrollo sostenible”, aprobada el 10 de abril de 2005, E/CN.4/2005/L.10/Add.17 (disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/S/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2005-60.doc).

Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano²². Estos avances en el desarrollo de los derechos humanos en el continente han sido recogidos en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Protocolo de San Salvador”²³.

En noviembre de 2017, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió a solicitud de Colombia la *Opinión Consultiva N°23²⁴ sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos²⁵* donde profundiza algunos conceptos y desarrolla las obligaciones de los Estados en el contexto de la protección ambiental y qué implica cada una de ellas. En dicha Opinión Consultiva²⁶, la Corte se pronunció sobre las obligaciones sustantivas y de procedimiento de los Estados en materia de protección del medio ambiente que surgen del deber de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, por ser estos los derechos sobre los cuales Colombia consultó al Tribunal. No obstante, con base en las consideraciones anteriores, este Tribunal resaltó cómo otros múltiples derechos podrían verse afectados por el incumplimiento de las obligaciones ambientales, incluyendo los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales protegidos por el Protocolo

22 Cfr. Constitución de la Nación Argentina, artículo 41; Constitución de la República Federal de Brasil, artículo 225; Constitución de la República de Chile, artículo 19.8; Constitución de la República de Colombia, artículo 79; Constitución de la República de Ecuador, artículo 14; Constitución de Haití, artículos 253 y 254, Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4; Constitución de la República de Nicaragua, artículo 60; Constitución de la República de Panamá, artículos 118 a 121; Constitución de la República del Paraguay, artículo 7, Constitución de la República de Perú, artículo 2.22; Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 127.

23 Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196. párr. 148.

24 Cabe recordar que la Corte IDH está facultada para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como otros tratados interamericanos. Las opiniones consultivas tienen como propósito aclarar el contenido de los derechos y las obligaciones estatales, a la luz del tratado o cuestión jurídica relacionada con la protección de los derechos humanos. En ese marco, la Corte IDH ha establecido que la protección y garantía de los derechos humanos implica la obligación de realizar un control de convencionalidad, entendido como un análisis de compatibilidad entre el derecho interno y los estándares derivados de la CADH, otros tratados del sistema interamericano y el pronunciamiento de sus órganos. En dicho ejercicio, además de las sentencias de la Corte IDH, los Estados también deben observar lo establecido en las opiniones consultivas del órgano.

25 En adelante, la OG N° 23.

26 http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_23_esp.pdf

de San Salvador, la Convención Americana y otros tratados e instrumentos, específicamente, el derecho a un medio ambiente sano²⁷.

Sobre el contenido del derecho, la Corte IDH sostuvo que “el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos”²⁸ (párr. 62).

La Corte IDH señala que, para el cumplimiento de las obligaciones de respetar y garantizar en el contexto de la protección del medio ambiente, los Estados deben cumplir con las siguientes obligaciones²⁹:

- Obligación de Prevención.
- Principio de precaución.
- Obligación de cooperación.
- Obligaciones de procedimiento.

27 “La Corte sostiene que como consecuencia de la estrecha conexión entre la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos, múltiples sistemas de protección de derechos humanos reconocen el derecho al medio ambiente sano como un derecho en sí mismo, particularmente el sistema interamericano de derechos humanos, a la vez que no hay duda que otros múltiples derechos humanos son vulnerables a la degradación del medio ambiente, todo lo cual conlleva una serie de obligaciones ambientales de los Estados a efectos del cumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía de estos derechos. Precisamente, otra consecuencia de la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente es que, en la determinación de estas obligaciones estatales, la Corte puede hacer uso de los principios, derechos y obligaciones del derecho ambiental internacional, los cuales como parte del corpus iuris internacional contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de las obligaciones derivadas de la Convención Americana en esta materia.”

“El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, el derecho al medio ambiente sano también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad.” (párr... 59)

28 Al respecto, ver, inter alia, la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental, adoptada en el Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, en Río de Janeiro, Brasil, del 26 al 29 de Abril de 2016, principios 1 y 2.

29 En infografía del Due Process of Law Foundation, disponible en <http://www.dplf.org/es/resources/opinion-consultiva-23-sobre-medio-ambiente-y-derechos-humanos>.

En particular, en casos sobre derechos territoriales de pueblos indígenas y tribales, el derecho a un medio ambiente sano está reconocido explícitamente en la *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*: el artículo 19 de dicha Declaración prevé la protección a un medio ambiente sano al establecer que los pueblos indígenas “tienen derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable, condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida, a su espiritualidad, cosmovisión y al bienestar colectivo”³⁰.

Siempre en relación con este derecho y los pueblos indígenas, la Corte IDH ha considerado “que el derecho a la propiedad colectiva de estos está vinculado con la protección y acceso a los recursos que se encuentran en los territorios de los pueblos, pues estos recursos naturales son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dichos pueblos³¹. Asimismo, la Corte ha reconocido la estrecha vinculación del derecho a una vida digna con la protección del territorio ancestral y los recursos naturales. Al respecto, este Tribunal ha determinado que, en atención a la situación de especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas y tribales, los Estados deben adoptar medidas positivas encaminadas a asegurar a los miembros de estos pueblos el acceso a una vida digna -que comprende la protección de la estrecha relación que mantienen con la tierra- y su proyecto de vida, tanto en su dimensión individual como colectiva³². Igualmente, este Tribunal ha resaltado que “la falta de acceso a los territorios y los recursos naturales correspondientes puede exponer a las comunidades indígenas a condiciones de vida precarias o infrahumanas, a mayor vulnerabilidad ante enfermedades y epidemias, así como someterlas a situaciones de desprotección extrema que pueden conllevar varias violaciones de sus derechos humanos, además de ocasionarles sufrimiento y perjudicar la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma³³”. “Por su parte, la Comisión Interamericana ha resaltado que varios derechos de rango fundamental requieren,

30 Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16).

31 Ver, inter alia, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr 118; Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 121 y 122, y Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, supra, párr. 173.

32 Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, supra, párr. 163, y Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, supra, párr. 181.

33 Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, supra, párr. 164; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 147 y Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 354.

como una precondition necesaria para su ejercicio, una calidad medioambiental mínima, y se ven afectados en forma profunda por la degradación de los recursos naturales”³⁴.

Por último, en esta misma región, un avance relevante y reciente tuvo lugar el 4 de marzo de 2018, fecha en que se adoptó en Escazú, Costa Rica, el texto del *Acuerdo Regional sobre el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia en asuntos ambientales*, o “Acuerdo de Escazú de Democracia Ambiental”. El tratado refuerza la protección del derecho a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible, consolidando la relación entre derechos humanos y medio ambiente³⁵.

Es importante señalar que mientras que ni en la Declaración de Río de 1992, ni en Johannesburgo en 2002 ni en Río de Janeiro en 2012 se proclamó el derecho a un medio ambiente sano, este acuerdo se propone “garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible” (artículo 1). Además, este acuerdo es relevante ya que es el primer tratado jurídicamente vinculante que contiene una disposición de protección a las y los defensores ambientales.

En particular en relación con los pueblos indígenas, el artículo 7 señala que “En la implementación del presente Acuerdo, cada Parte garantizará el respeto de su legislación nacional y de sus obligaciones internacionales relativas a los derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales”.

El 27 de septiembre de 2018 este tratado se abrirá para su firma, iniciándose así el camino para su ratificación e implementación³⁶.

34 CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales - Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 30 de diciembre de 2009, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, párr. 190

35 Chile no ha suscrito este Acuerdo.

36 A la fecha de este informe, el Estado de Chile aún no había ratificado el tratado.

2.2. Derecho humano al agua

La cuestión del agua es amplia y compleja, y puede abarcar desde los diferentes usos de los recursos hídricos y su interrelación con los otros elementos del ambiente, hasta la provisión y el acceso al agua potable y saneamiento, la producción agropecuaria e industrial, la pesca, la generación de energía y el transporte fluvial; los problemas causados por inundaciones, sequías, contaminación de agua y enfermedades relacionadas con el agua; la necesidad de proteger los diversos ecosistemas, la necesidad de equilibrio entre el desarrollo y la protección ambiental, o la cuestión de su propiedad. Aquí abordaremos solamente la descripción de estándares en relación con su progresivo reconocimiento como derecho humano.

Al igual que en el caso del derecho a un medio ambiente sano, el derecho al agua también fue abordado en instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que no son referidos al agua o al medio ambiente propiamente tal. El derecho al agua fue conceptualizado como relacionado y en interdependencia con el derecho al desarrollo, a la salud, a la vivienda adecuada, al medio ambiente y a la autodeterminación, entre otros³⁷. Así, por un buen tiempo, el agua era entendida como un recurso relevante en el marco de otros temas de agenda: desarrollo económico, medio ambiente, fronteras, salud. Hoy, el agua es abordada en tanto derecho humano, dada la larga trayectoria de encuentros, documentación y demandas concretas de organizaciones sociales, de la sociedad civil, pueblos indígenas y movimientos organizados que ha permitido constatar su condición esencial para la vida de las generaciones presentes y futuras.

Entre los tratados internacionales que conceptualizan el derecho al agua destacan la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)*³⁸, y la *Convención sobre los Derechos del Niño (1989)*.³⁹

37 Artículo 11 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

38 Párrafo 2 del artículo 14, que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: [...] h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones”.

39 Apartado c) del párrafo 2 del artículo 24, que luchen contra “las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente”.

El *Convenio N° 161* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los servicios de salud en el trabajo (1985, al que adhirió Chile en el 2000) también hace referencia, en su art. 5 a la necesidad de asegurar la vigilancia de los factores del medio ambiente de trabajo y de las prácticas de trabajo que puedan afectar a la salud de los trabajadores, incluidos las instalaciones sanitarias

Más recientemente, la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (2006) reconoció, en su artículo 28 segundo párrafo, que los Estados deben “a) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad” [...].

Adicionalmente, interpretando los artículos contenidos en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité DESC ha establecido la relación entre varios derechos reconocidos en el PIDESC y el agua, en diversas observaciones interpretativas⁴⁰.

En relación con el derecho al agua y los pueblos indígenas, se debe considerar el artículo 25. de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* (2007)⁴¹, que si bien no es jurídicamente vinculante, sirve como instrumento de orientación de políticas públicas.

Otro estándar relevante, que sí obliga jurídicamente al Estado en el ámbito de los pueblos indígenas, es el *Convenio N° 169* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que entró en vigencia en Chile en 2009. Allí se reconocen los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, y dan fundamento a una correcta interpretación respecto a cómo la inexistencia

40 Observación General N° 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada, 1991; Observación General N° 7 sobre los desalojos forzosos, 1997; Observación General N° 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 2000.

41 Artículo 25 reconoce que “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras”. A continuación, el artículo 26 señala que “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”.

de agua disponible podría afectar las condiciones de existencia y de mantenimiento de la cultura de pueblos indígenas⁴².

A nivel regional, la *Convención Interamericana de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* (2017) obliga al Estado al reconocer, en su artículo 12, que “[...] La persona mayor tiene derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda [...]”. Más aún, en su artículo 25 indica que: “La persona mayor tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos, a tal fin los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho, entre ellas: a) Fomentar el desarrollo pleno de la persona mayor en armonía con la naturaleza. b) Garantizar el acceso de la persona mayor en condiciones de igualdad a servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento, entre otros”.

Entre los estándares del derecho internacional específicamente referidos al agua, en primer lugar cronológico se encuentra la *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente*, realizada en Estocolmo en 1972, donde se promueve la protección del agua como un recurso natural esencial para el uso sustentable por las generaciones actuales y futuras (Principio 2).

En 1977, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua⁴³, la primera de carácter gubernamental dedicada exclusivamente a este recurso natural, tuvo como objetivo adoptar políticas para el futuro desarrollo y utilización eficiente del agua, con el propósito esencial de proporcionar el necesario nivel de preparación para evitar una crisis mundial del agua en las próximas décadas. Como resultado se aprobó un documento con conclusiones y recomendaciones sobre el agua, sus diferentes usos y su protección, denominado el “Plan de Acción de Mar del Plata”. Los discursos ofrecidos plantearon que: “la conservación y la utilización del agua no podían ya considerarse como temas separados o como temas que podrían resolverse por un determinado sector o por una cierta región, sino que debían constituir un tema único: el agua como patrimonio de la humanidad para promover el bien

42 Artículo 15 “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”.

43 El Consejo Económico y Social (ECOSOC) decidió en 1973 convocar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua de acuerdo a la agenda provisional sugerida por el Grupo Intergubernamental de Expertos. La Asamblea General de las Naciones Unidas, a su vez, endosó ese mismo año la decisión del ECOSOC y convocó la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, que tendría lugar en la República Argentina, del 7 al 18 de marzo de 1977 (Resolución 3513 (XXX), 15 diciembre 1975). Asimismo, solicitó al Secretario General que diese amplio apoyo al trabajo preparatorio e instó al Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, PNUMA, “a proporcionar apoyo financiero al trabajo preparatorio de la Conferencia a fin de asegurar su éxito.” Antes de la conferencia, se realizaron reuniones preparatorias en cada región durante 1976, para las cuales los gobiernos elaboraron informes nacionales detallando problemas en el sector hídrico y las soluciones propuestas.

común. Con esa finalidad, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua sería el punto inicial de una nueva era: la del uso racional del agua, adecuadamente preservada y en armonía con el medio ambiente y la naturaleza⁴⁴. El Plan de Acción abordó diferentes ámbitos:

- A. Evaluación de los recursos hídricos
- B. Eficiencia en la utilización del agua
- C. Abastecimiento de agua a la comunidad.
- D. Agua para la agricultura
- E. Medio ambiente, salud y lucha contra la contaminación
- F. Política, planeamiento y gestión
- G. Desastres naturales
- H. Información pública, educación, capacitación e investigación
- I. Cooperación regional
- J. Cooperación internacional
- K. Investigación y desarrollo de tecnologías industriales
- L. El agua en la lucha contra la desertificación

Si bien dicho Plan de Acción no tuvo continuidad ni seguimiento a su implementación, de aquella conferencia se destaca la mirada integradora y de conjunto⁴⁵, cuestión que recién se repitió –aunque no tan comprensivamente–, en la Conferencia Internacional sobre Agua y Medio Ambiente realizada

44 Lilian del Castillo, “Los Foros Del Agua De Mar Del Plata A Estambul 1977 – 2009”, Documentos de Trabajo N° 86 Agosto 2009, Consejo Argentino Para Las Relaciones Internacionales, Argentina, pág. 43.

45 *Ibidem*

en Dublín en enero de 1992, de la cual surgieron los llamados “Principios de Dublín”⁴⁶, y que se realizó en preparación de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en junio de ese mismo año. En la Conferencia de Río se adoptó un Plan de Acción, denominado Agenda 21, que en su Capítulo 18 detalla las medidas a adoptar para la “Protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce: aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenación y uso de los recursos de agua dulce”.

Seguidamente, han tenido lugar numerosas reuniones, programas, sesiones y conferencias organizadas por las Naciones Unidas, entre las que se pueden mencionar: la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, Copenhague, 1995; la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y como resultado de ella se adoptó el Programa para seguir implementando la Agenda 21, 1997; la Reunión de Expertos sobre Criterios estratégicos para la ordenación de los recursos de agua dulce, Harare, 1998; la Conferencia Internacional sobre Agua y Desarrollo Sostenible, Paris, 1998; la Cumbre del Milenio, 2000; la Conferencia Internacional sobre el Agua Dulce, Bonn, 2001; la Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, 2002; la conformación, a partir de 2003, del UN-Water, mecanismo interinstitucional concebido para concentrar recursos y coordinar los diferentes órganos y programas dentro del sistema de las Naciones Unidas con competencia en los temas del agua, de acuerdo a las recomendaciones de la Cumbre Mundial de Johannesburgo de 2002 y que había sido recomendado por el Plan de Acción de Mar del Plata; y el Foro Mundial del Agua: Marrakech (1997), La Haya (2000); Kyoto (2003); México DF (2006), Estambul (2009)⁴⁷; Marcella (2012); Daegu & Gyeongbuk (2015); y Brasilia (2018); entre otros.

46 1. El agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para la vida, para el desarrollo y para el medio ambiente; 2. El desarrollo y gestión del agua debe basarse en un enfoque participativo involucrando a los usuarios, planificadores y tomadores de decisión a todos los niveles, tomando las decisiones al nivel más bajo posible que sea el adecuado; 3. La mujer juega un papel central en la provisión, gestión y salvaguarda del agua; 4. El agua tiene un valor económico en todos sus usos competitivos y debe ser reconocida como un bien económico.

47 La Declaración Ministerial aprobada en 2009 en Estambul destaca que el agua es un bien común de la Humanidad, que debe considerarse un bien público y que el acceso al agua potable debería ser un derecho fundamental y universal, lo que debería ser reconocido en un futuro tratado.

No obstante, ni en Mar del Plata ni en las siguientes conferencias⁴⁸ o reuniones se abordó el tema. **No fue sino hasta el 2002 que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales dio a conocer la Observación General N° 15, a través de la que da reconocimiento a este derecho**, basándose en el contenido de los artículos 11 y 12 del PIDESC.

La Observación General N° 15 define este derecho como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación,

48 En 1998 se desarrolló la Conferencia Internacional sobre Agua y Desarrollo Sostenible, convocada por el Gobierno de Francia en marzo de 1998, en preparación del sexto período de sesiones de la Comisión de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas y la Conferencia Internacional sobre el Agua Dulce (Bonn, 2001), para analizar los avances logrados a diez años desde la Conferencia de Dublín. En esta Conferencia, el gobierno alemán señalaba que “muchos consideran que el acceso al agua potable y al saneamiento constituye un derecho humano”, dando cuenta de que la cuestión de su reconocimiento como derecho ya estaba en la agenda, si bien no había mayor consenso aún.

para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica” (párrafo 2)⁴⁹.

49 Respecto al contenido normativo, la observación indica que “El derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos. En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua” (párrafo 10).

“Los elementos del derecho al agua deben ser adecuados a la dignidad, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12. Lo adecuado del agua no debe interpretarse de forma restrictiva, simplemente en relación con cantidades volumétricas y tecnologías. El agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico. El modo en que se ejerza el derecho al agua también debe ser sostenible, de manera que este derecho pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras” (párrafo 11).

En tanto que lo que resulta adecuado para el ejercicio del derecho al agua puede variar en función de distintas condiciones, los siguientes factores se aplican en cualquier circunstancia:

- a) La disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. La cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS). También es posible que algunos individuos y grupos necesiten recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo.
- b) La calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.
- c) La accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:
 - i) Accesibilidad física. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. La seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua.
 - ii) Accesibilidad económica. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.
 - iii) No discriminación. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.
 - iv) Acceso a la información. La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua. En particular respecto a los pueblos indígenas, la observación indica que: “Aunque el derecho al agua potable es aplicable a todos, los Estados Partes deben prestar especial atención a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres, los niños, los grupos minoritarios, los pueblos indígenas, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los trabajadores migrantes, los presos y los detenidos. En particular, los Estados Partes deben adoptar medidas para velar por que: [...]”
- d) El acceso de los pueblos indígenas a los recursos de agua en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas. Los Estados deben facilitar recursos para que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua.” (párrafo 16).

La misma Observación General N° 15 define las obligaciones básicas del Estado en su párrafo 37.⁵⁰

Adicionalmente, la Observación General N°15 recomienda a los Estados desarrollar indicadores para dar seguimiento a los estándares de la observación en el cumplimiento de los artículos del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁵¹

Otro paso relevante tuvo lugar en 2008, cuando el Consejo de Derechos Humanos decidió “nombrar, por un período de tres años, a un experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento” (*Resolución 7/22*). El mandato de la posteriormente llamada *Relatoría Especial sobre el derecho humano al agua potable y al saneamiento* fue renovado en 2011 y buscó favorecer una comprensión integral del acceso al agua y al saneamiento con enfoque de derechos humanos, y la formulación de recomendaciones a los gobiernos, las Naciones Unidas y otras partes interesadas.

Además, la Asamblea General de las Naciones Unidas reiteró el reconocimiento, en julio de 2010 (*Resolución 64/292*), en cuanto a que “*el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos*”. Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos hizo lo propio en septiembre de 2010, cuando complementó lo anterior afirmando “que el derecho humano al agua potable y el saneamiento se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado y está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, así como al derecho a la vida y la dignidad humana” (*Resolución 15/9*).

50 Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para uso personal y doméstico y para prevenir enfermedades; Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables o marginados;

Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tenga un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar;

Velar porque no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua;

Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles;

Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados y periódicamente revisados en base a un proceso participativo y transparente; deberán proveer métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia, que permitan seguir de cerca los progresos realizados; el proceso mediante el cual se conciba la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados;

Vigilar el grado de realización del derecho al agua;

Poner en marcha programas de agua destinados a sectores concretos y de costo relativamente bajo para proteger a los grupos vulnerables y marginados;

Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular, velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados.

51 “Los indicadores deben referirse a los distintos componentes de un agua adecuada (como la suficiencia, la salubridad y aceptabilidad, la asequibilidad y la accesibilidad), desglosarse según los ámbitos de discriminación prohibidos y abarcar a todas las personas que vivan en la jurisdicción territorial del Estado Parte o estén bajo su control” (párrafo 53).

Desde el inicio del mandato de la Relatoría Especial sobre el derecho humano al agua potable y al saneamiento a la fecha, se han entregado informes sobre el derecho al saneamiento (2009)⁵², un compendio de buenas prácticas en materia de derecho humano al agua y al saneamiento⁵³, informes sobre las obligaciones del Estado en este ámbito (2010)⁵⁴, sobre la planificación nacional y local para la aplicación de los derechos al agua y al saneamiento (2011)⁵⁵, sobre estigma y ejercicio del derecho (2012)⁵⁶, sobre aplicación de los principios de igualdad y no discriminación en la garantía del derecho (2012)⁵⁷, sobre violaciones corrientes de los derechos humanos al agua y el saneamiento (2014)⁵⁸, sobre el derecho a la participación desde la perspectiva del ejercicio del derecho al agua potable y al saneamiento (2014)⁵⁹, sobre asequibilidad (2015)⁶⁰, sobre igualdad de género (2016)⁶¹, sobre cooperación para el desarrollo en el sector del agua y el saneamiento (2016)⁶², sobre regulación de los servicios (2017)⁶³, y sobre el principio de la rendición de cuentas en el contexto de la realización de los derechos humanos al agua y el saneamiento (2018)⁶⁴, entre otros. Todo lo anterior, implica un prolífico avance en las orientaciones disponibles para que los Estados cumplan con la garantía de este derecho.

Complementando la Observación General N° 15, uno de los aportes realizado desde la Relatoría de este proceso dice relación con las variables para evaluar la acción de los Estados en la garantía de este derecho: disponibilidad, calidad, accesibilidad, participación, seguridad y asequibilidad, no discriminación, responsabilidad, efectividad y sostenibilidad.⁶⁵ En el caso del derecho al agua

52 Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/144/40/PDF/G0914440.pdf?OpenElement>

53 Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/BookonGoodPractices_sp.pdf

54 Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/148/34/PDF/G1014834.pdf?OpenElement>

55 Disponible en https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/18session/A-HRC-18-33_sp.pdf

56 Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-42_sp.pdf

57 Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/456/56/PDF/N1245656.pdf?OpenElement>

58 Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/069/13/PDF/G1406913.pdf?OpenElement>

59 Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/490/11/PDF/N1449011.pdf?OpenElement>

60 Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/172/80/PDF/G1517280.pdf?OpenElement>

61 Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/167/00/PDF/G1616700.pdf?OpenElement>

62 Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/250/66/PDF/N1625066.pdf?OpenElement>

63 Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/216/98/PDF/G1721698.pdf?OpenElement>

64 Disponible en <http://undocs.org/es/A/73/162>

65 Informe de la Experta Independiente, doc. A/HRC/15/31/Add.1., julio de 2010.

y saneamiento, la relatoría agregó dos condiciones a las mencionadas en la OG¹⁵: una sobre los efectos y otra sobre la sostenibilidad⁶⁶.

Por último, a nivel internacional, en el marco de la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, en diciembre de 2016, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó el “Decenio Internacional para la Acción: Agua para el Desarrollo Sostenible (2018-2028)”⁶⁷. El decenio comenzó el Día Mundial del Agua, el 22 de marzo de 2018, y terminará en el Día Mundial del Agua, el 22 de marzo de 2028, y “tiene por objetivo hacer mayor hincapié en el desarrollo sostenible y la ordenación integrada de los recursos hídricos para lograr los objetivos sociales, económicos y ambientales, y en la ejecución y promoción de programas y proyectos conexos, así como en el fomento de la cooperación y las alianzas en todos los niveles con el fin de contribuir al logro de los objetivos y las metas sobre el agua convenidos internacionalmente, incluidos los enunciados en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”⁶⁸.

Sin perjuicio de lo señalado al respecto en el Capítulo I, cabe hacer referencia aquí al reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales, en particular, el acceso al agua. De especial importancia en este sentido es el tratamiento dado a esta relación por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos

66 Efectos

Los efectos de una práctica pueden limitarse a una pequeña comunidad o alcanzar a todo un país, si bien la práctica debe tener efectos demostrables que potencien la realización progresiva de los derechos al agua y al saneamiento. Una buena práctica protege a aquellos que carecen de acceso al agua y al saneamiento y da respuesta a sus necesidades, garantizando además que esas personas sigan disfrutando de un acceso adecuado a esos servicios en el futuro.

Sostenibilidad

Las prácticas deben ser sostenibles desde el punto de vista económico, medio ambiental y social, de manera que las generaciones futuras puedan disfrutar de los derechos al agua y al saneamiento. Por tanto, dichas prácticas no deben limitarse a perseguir el objetivo a corto plazo de ayudar a la gente a obtener acceso a los servicios de agua y saneamiento. Las prácticas deben demostrar que se han dotado los recursos necesarios para el funcionamiento y el mantenimiento de los servicios. Si no ha transcurrido un período suficiente para valorarlo, la práctica debe demostrar que en la planificación del proyecto se ha tenido en cuenta y se ha incluido el elemento de la sostenibilidad. En el caso del saneamiento, es importante garantizar que la sostenibilidad implique cambios en el comportamiento y el uso del servicio. En consecuencia, los proveedores de servicios y los responsables políticos deben garantizar que la sostenibilidad constituya un elemento integral de la planificación, y su responsabilidad no se limita a la mera prestación de un servicio

www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/BookonGoodPractices_sp.pdf

67 Ver: A/RES/71/222 del 7 de febrero de 2017.

68 *Ibidem*.

como la Comisión (CIDH) se han expedido sobre el derecho al agua en relación con los pueblos indígenas, y la particular relevancia de este derecho en el marco de sus cosmovisiones propias.⁶⁹

Sobre el derecho al agua en relación con los pueblos indígenas, por ejemplo, en la sentencia del Caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs Paraguay*, en 2005, la Corte concluyó que “los miembros de la Comunidad Yakye Axa viven en condiciones de miseria extrema como consecuencia de la falta de tierra y acceso a recursos naturales, producida por los hechos materia de este proceso, así como a la precariedad del asentamiento temporal en el cual se han visto obligados a permanecer y a la espera de la resolución de su solicitud de reivindicación de tierras. (...) 167. Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. (...)”⁷⁰.

A continuación, en 2007, en el Caso *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte IDH reforzó que “122. [...] debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre éste, de conformidad con

69 55. La relación única entre los pueblos indígenas y sus territorios ha sido ampliamente reconocida, por ejemplo, a partir del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 23 de la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre, los que protegen esta vinculación estrecha que guardan con las tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales, vinculación de importancia fundamental para el goce de otros derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales. Según han reiterado la CIDH y la Corte Interamericana, la preservación de la conexión particular entre las comunidades indígenas y sus tierras y recursos se vincula con la existencia misma de estos pueblos, y por lo tanto “amerita medidas especiales de protección. La Corte Interamericana ha insistido en que ‘los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica’. Para la CIDH, la relación especial entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios significa que ‘el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales’.

[...] 57. La falta de acceso a la tierra y a los recursos naturales puede producir condiciones de miseria para las comunidades indígenas afectadas, ya que la falta de posesión y acceso a sus territorios les impide el uso y disfrute de los recursos naturales que necesitan para abastecerse de los bienes necesarios para su subsistencia, desarrollar sus actividades tradicionales de cultivo, caza, pesca o recolección, acceder a los sistemas tradicionales de salud, y otras funciones socioculturales cruciales. Por lo tanto, la falta de acceso a los territorios ancestrales, y la inacción estatal al respecto, exponen a los pueblos indígenas y tribales a condiciones de vida precarias o infrahumanas en materia de acceso a alimentación, agua, vivienda digna, servicios básicos y salud y consecuentemente repercuten –entre otras- en mayores índices de mortalidad y desnutrición infantil, y mayor vulnerabilidad a enfermedades y epidemias. En esta medida, la falta de garantía por el Estado del derecho de los pueblos indígenas y tribales a vivir en su territorio ancestral puede implicar someterlos a situaciones de desprotección extrema que conllevan violaciones del derecho a la vida, a la integridad personal, a la existencia digna, a la alimentación, al agua, a la salud, a la educación y los derechos de los niños, entre otras. CIDH, “Derechos De Los Pueblos Indígenas Y Tribales Sobre Sus Tierras Ancestrales Y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 diciembre 2009.

70 CIDH, Ficha Técnica: Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, disponible en http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=258

el artículo 21 de la Convención, para garantizar su supervivencia. De este modo, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad. De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”.

En esa línea, el informe “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo”⁷¹ recoge posiciones planteadas por la Corte IDH y por la CIDH, y recapitula lo siguiente:

“165. Una de las principales preocupaciones de la Comisión es el cumplimiento del requisito consistente en que el otorgamiento de la concesión no afecte la supervivencia del pueblo indígena o tribal de conformidad con sus modos ancestrales de vida.

166. Asimismo, la Comisión considera que el término “supervivencia” debe entenderse de manera coherente con el conjunto de derechos de los pueblos indígenas y tribales a fin de no dar lugar a una concepción estática de sus formas de vida.

167. En opinión de la CIDH, uno de los mayores riesgos a la existencia física y cultural de los pueblos indígenas y tribales en la actualidad está constituido por los planes y proyectos de infraestructura y de explotación económica que buscan ser impuestos y ejecutados dentro de sus territorios. Es de especial preocupación que los casos reportados indican que la implementación

71 CIDH, “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo”; OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15 31 diciembre 2015, disponible en: www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf

de proyectos de extracción, explotación o desarrollo pone en riesgo su existencia física y cultural como pueblo al no tener opción de continuar con sus planes de vida, pues los mismos resultarían de imposible realización.

[...]

273. La CIDH ha identificado que los proyectos de extracción, explotación o desarrollo generan una serie de afectaciones a la integridad personal, salud y derecho a un medioambiente sano de los pueblos indígenas y tribales, y comunidades afrodescendientes. Cabe notar que la CIDH cuenta con varios antecedentes referidos a desafíos en la accesibilidad al agua y supuestos efectos de carácter irreparable con respecto a personas y grupos en situación de discriminación histórica. En tales asuntos, la Comisión ha tomado nota, entre otros elementos, sobre supuestas restricciones en el acceso al agua, las cuales podrían impactar de manera irremediable los derechos de determinadas personas.

[...]

281. Con relación a la construcción de represas en tierras y territorios indígenas o tribales, la CIDH ha recibido información que indica que, al interrumpir el cauce natural de los ríos, impactan en las formas propias que tiene los pueblos indígenas de usar sus aguas, generalmente para la agricultura y sus cosechas. Asimismo, la Comisión fue informada que las represas facilitan la acumulación desproporcionada de minerales cuando se realizan actividades mineras de diversa escala alrededor de las mismas. Los monocultivos tienen también efectos ambientales agudos como la pérdida de la biodiversidad, el aumento del uso de agroquímicos, el avance de la frontera agrícola sobre áreas naturales, entre otros. La minería informal genera un intenso ritmo de deforestación y contaminación de suelos y aguas.

282. Es preocupante advertir que proyectos de distinta naturaleza amenazan con la destrucción misma de fuentes esenciales de agua.

De este modo, progresivamente, a nivel regional se avanza en el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales, en particular, el acceso al agua. No obstante, esta elaboración ha avanzado, lamentablemente, sobre la base de las amenazas y vulneraciones que sobre estos derechos pone la explotación de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas y tribales.

2.3. Derecho a una vivienda adecuada

El derecho a una vivienda adecuada está reconocido en el derecho humanitario internacional y en el derecho internacional de los derechos humanos. En el primer caso, se reconoce la protección específica del derecho a una vivienda adecuada durante los conflictos armados internacionales y no internacionales.

Por su parte, entre los **instrumentos de derechos humanos** que reconocen este derecho, se encuentra: la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 (art. 25.1), donde se señala que “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios [...]*”.

Cronológicamente le sigue, la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, de 1951, que en su art. 21⁷² también reconoce este derecho en el caso de las personas refugiadas. El *Convenio N° 117* de 1962, de la Organización Internacional del Trabajo sobre política social (normas y objetivos básicos), también hace referencia a la vivienda en su art. 5 2)⁷³. Otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que contienen cláusulas que reconocen este derecho son: la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, de 1965 (art. 5 e iii)⁷⁴), el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de 1966 (art. 17⁷⁵), la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, de 1979 (arts. 14 2) y 15 2)⁷⁶); la

72 Artículo 21. – Vivienda. En materia de vivienda y en la medida en que esté regida por leyes y reglamentos o sujeta a la fiscalización de las autoridades oficiales, los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en sus territorios el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente en las mismas circunstancias a los extranjeros.

73 Artículo 5 [...] 2. Al fijar el nivel mínimo de vida, deberán tomarse en cuenta necesidades familiares de los trabajadores, de carácter esencial, tales como los alimentos y su valor nutritivo, la vivienda, el vestido, la asistencia médica y la educación.

74 Artículo 5. En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: [...] e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: [...] iii) El derecho a la vivienda.

75 Artículo 17: 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

76 Artículo 14 [...] 2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: [...] h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones. Artículo 15: [...] 2. Los Estado Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales. [...].

Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, (arts. 16 1) y 27 3)⁷⁷); la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, de 1990 (art. 43 1) d)⁷⁸), y la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, de 2006 (arts. 9 y 28)⁷⁹).

En términos generales, actualmente, el derecho a una vivienda adecuada puede ser entendido como “el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad”.⁸⁰

77 Artículo 16 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques. Artículo 27: [...] 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda. [...]

78 Artículo 43: 1. Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con: [...] d) El acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres.

79 Artículo 9 Accesibilidad 1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo [...]. Artículo 28 Nivel de vida adecuado y protección social 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad.

80 Comisión de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari. Presentado el 25 de enero de 2001. E/CN.4/2001/51, párr. 8.

En particular sobre los pueblos indígenas, el articulado del *Convenio Nº 169 de la OIT*, sobre pueblos indígenas y tribales reconoce y da garantías a este derecho, en el marco de la especial relación que tienen los pueblos indígenas con sus tierras y territorios (arts. 13, 14, 16 y 17⁸¹); y la Declaración

81 Artículo 13: 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. 2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Artículo 14: 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Artículo 16: 1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. 3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación. 4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas. 5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

Artículo 17: 1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos. 2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad. 3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

Sobre Los Derechos De Los Pueblos Indígenas, de 2007, también recoge estas ideas y da protección al derecho a una vivienda adecuada (arts. 10, 21.1; 23;26; 27; 28; 32⁸²)

A nivel regional, la protección de este derecho se enmarca en la *Convención Americana sobre derechos humanos*, de 1969, en términos generales, al proteger la vida privada y la propiedad, entre otros, y la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* hace alusión explícita a este derecho en sus artículos 12, 24 y 26.

Este derecho ha quedado plasmado en los instrumentos internacionales y regionales vinculantes mencionados hasta aquí, que además ha sido acompañado por el desarrollo de reflexiones y acuerdos en el marco del trabajo de las Naciones Unidas, que ha contribuido al desarrollo conceptual de este derecho, favoreciendo el avance hacia una concepción más robusta del mismo.

82 Artículo 10: Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

Artículo 21.1: Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social.

Artículo 23: Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernen y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Artículo 26: 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Artículo 27: Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Artículo 28 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado. 2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

Artículo 32: 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. 3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

El primer hito se refiere a la *Declaración y el Plan de Acción de Vancouver*, de 1976, donde se reconoce la vivienda como necesidad básica para la dignidad humana y parte integrante del derecho a un nivel de vida adecuado.⁸³.

En 1996, la Asamblea General de la ONU organizó la *Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos, en Estambul*, Turquía, para evaluar el progreso alcanzado de los estados miembros para enfrentar cuestiones sobre urbanización desde la Declaración de Vancouver (Hábitat I), 20 años antes. Como resultado se proclamó la Agenda Hábitat, un plan estratégico aprobado por 171 países y con más de 100 compromisos y 600 recomendaciones.

En 2001, la Asamblea General de la ONU aprobó la *Declaración sobre las Ciudades y Otros Asentamientos en el Nuevo Milenio*. Esta declaración reafirmó los puntos fundamentales de la Agenda Hábitat y renovó los compromisos contraídos durante la conferencia Hábitat I, en Estambul. Además, en 2002, la Asamblea General de la ONU aprobó la **Resolución 56/206** que fortaleció el mandato y la condición de la Comisión de Asentamientos Humanos, así como la condición, papel y funciones del Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (Hábitat). Con efecto desde enero de 2002, la resolución convirtió el Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos en un órgano subsidiario directo de la Asamblea General de la ONU, el *Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos, conocido como ONU-Habitat*.

83 “En 1976, alarmada por el rápido y descontrolado crecimiento urbano, en particular en el mundo en vías de desarrollo, la Asamblea General de la ONU convocó la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat I) para que se abordaran los desafíos y el futuro de los asentamientos humanos. Durante la conferencia, en Vancouver, del 31 de mayo al 11 de junio de 1976, se reconoció que las condiciones de los asentamientos humanos afectaban de manera directa el desarrollo humano, social y económico, y que el desarrollo urbano descontrolado tenía graves impactos medioambientales y ecológicos. Esto condujo al Plan de Acción de Vancouver, que destacaba las primeras estrategias a nivel internacional para abordar y controlar las cuestiones del crecimiento urbano. [...] Se dieron recomendaciones a los gobiernos y se les urgió a desarrollar estrategias y políticas nacionales para ocuparse del uso y la tenencia del suelo, el crecimiento de la población, la infraestructura, los servicios básicos y la provisión de viviendas y empleos adecuados, teniendo en cuenta las necesidades de las poblaciones desfavorecidas y marginadas. La piedra angular del mandato de ONU-Habitat quedó establecida por la Declaración de Vancouver y el Plan de Acción de Vancouver. Síntesis de la información que se ofrece en www.es.unhabitat.org/sobre-nosotros/historia-mandato-y-mision-en-el-sistema-de-la-onu/

Al reconocimiento del derecho en los instrumentos de derechos humanos jurídicamente vinculantes para los Estados se sumaron las **observaciones generales N°4**⁸⁴ (1991), **7**⁸⁵ (1997) y **16**⁸⁶ (2005) del *Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* que da seguimiento al cumplimiento del Pacto. Dicho comité ha subrayado que el derecho a una vivienda adecuada no debe ser interpretado en un sentido estricto o restrictivo, sino considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.

84 1.El derecho a una vivienda adecuada abarca libertades. Estas libertades incluyen en particular:

- La protección contra el desalojo forzoso y la destrucción y demolición arbitrarias del hogar;
- El derecho de ser libre de injerencias arbitrarias en el hogar, la privacidad y la familia; y
- El derecho de elegir la residencia y determinar dónde vivir y el derecho a la libertad de circulación.

2.El derecho a una vivienda adecuada contiene otros derechos. Entre ellos figuran:

- La seguridad de la tenencia;
- La restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio;
- El acceso no discriminatorio y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada;
- La participación en la adopción de decisiones vinculadas con la vivienda en el plano nacional y en la comunidad.
- Una vivienda adecuada debe brindar más que cuatro paredes y un techo. Deben satisfacerse varias condiciones para que una forma particular de vivienda pueda considerarse que constituye “vivienda adecuada”.

Estos elementos son tan fundamentales como la oferta y disponibilidad básicas de vivienda.

Para que la vivienda sea adecuada, debe reunir como mínimo los siguientes criterios:

- La seguridad de la tenencia: la vivienda no es adecuada si sus ocupantes no cuentan con cierta medida de seguridad de la tenencia que les garantice protección jurídica contra el desalojo forzoso, el hostigamiento y otras amenazas.
- Disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura: la vivienda no es adecuada si sus ocupantes no tienen agua potable, instalaciones sanitarias adecuadas, energía para la cocción, la calefacción y el alumbrado, y conservación de alimentos o eliminación de residuos.
- Asequibilidad: la vivienda no es adecuada si su costo pone en peligro o dificulta el disfrute de otros derechos humanos por sus ocupantes.
- Habitabilidad: la vivienda no es adecuada si no garantiza seguridad física o no proporciona espacio suficiente, así como protección contra el frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otros riesgos para la salud y peligros estructurales.
- Accesibilidad: la vivienda no es adecuada si no se toman en consideración las necesidades específicas de los grupos desfavorecidos y marginados.
- Ubicación: la vivienda no es adecuada si no ofrece acceso a oportunidades de empleo, servicios de salud, escuelas, guarderías y otros servicios e instalaciones sociales, o si está ubicada en zonas contaminadas o peligrosas.
- Adecuación cultural: la vivienda no es adecuada si no toma en cuenta y respeta la expresión de la identidad cultural.

85 El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos (extractos)

1.En su Observación general N° 4 (1991) el Comité señaló que todas las personas deberían gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desalojo forzoso, el hostigamiento u otras amenazas. Llegó a la conclusión de que los desalojos forzosos son prima facie incompatibles con los requisitos del Pacto. [...]

10. Las mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como otros individuos y grupos vulnerables, se ven afectados en medida desproporcionada por la práctica de los desalojos forzosos. En todos estos grupos las mujeres son particularmente vulnerables a causa de la discriminación jurídica y otras formas de discriminación que suelen darse en materia de derecho de propiedad (incluida la propiedad de una vivienda) o del derecho de acceso a la propiedad o a la vivienda, y de su particular vulnerabilidad a los actos de violencia y abuso sexual cuando se quedan sin hogar. Las disposiciones contra la discriminación del párrafo 2 del artículo 2 y del artículo 3 del Pacto imponen a los gobiernos la obligación adicional de velar por que, cuando se produzca un desalojo, se adopten medidas apropiadas para impedir toda forma de discriminación

86 La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (extractos).

4. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha tomado en especial nota de los factores que influyen negativamente en la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales en muchas de sus observaciones generales, incluidas las relativas al derecho a una vivienda adecuada.

7. El disfrute de los derechos humanos sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres debe entenderse en sentido lato. Las garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la igualdad tanto de facto como de jure.

28. Según el artículo 11 del Pacto, los Estados Partes deben reconocer el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia, lo que incluye una vivienda adecuada (párr. 1) y una alimentación adecuada (párr. 2). Según el artículo 3, leído juntamente con el párrafo 1 del artículo 11, la mujer debe tener derecho de propiedad, usufructo u otra forma de intervención sobre la vivienda, la tierra y los bienes en plena igualdad con el hombre y acceder a los recursos necesarios a tal efecto. [...]

En abril del año 2000, la Comisión de Derechos Humanos adoptó la *Resolución 2000/9*, a través de la cual creó una *Relatoría Especial sobre una vivienda adecuada*, cuyo mandato es concentrarse en este derecho como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, reconocido en el artículo 11 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y que fue renovado en 2003.

Durante estos años, la Relatoría sobre vivienda adecuada elaboró numerosos informes que han profundizado el análisis y las orientaciones disponibles para los Estados, respecto a cómo abordar este derecho a los fines de darle una garantía eficaz. Entre los temas explorados, se encuentran informes sobre: políticas habitacionales, responsabilidades de los gobiernos locales y otras autoridades subnacionales, personas en situación de calle, seguridad de la tenencia, asentamientos informales, desalojos forzados, el derecho a una vivienda adecuada y mujeres, migrantes, personas mayores, desplazamientos, desastres naturales, cambio climático, y discriminación, entre otros.

En particular, en el informe del año 2016, la Relatoría planteó su foco en la necesidad de actualizar la doctrina, y visibilizar la indivisibilidad e interdependencia entre el derecho a una vivienda adecuada y el derecho a la vida⁸⁷.

Por último, en 2018, el informe presentado por la Relatora aborda las estrategias de vivienda con enfoque de derechos humanos.⁸⁸ En dicho documento propone a los Estados trabajar sobre la base de **“estrategias de vivienda”**. “Las estrategias de vivienda operan en un plano más elevado que las políticas y programas de vivienda, y se basan en una visión del cambio estructural que habrá de lograrse con el paso del tiempo. Las estrategias coordinan una amplia gama de leyes, programas, políticas y decisiones que tienen por objeto cubrir las necesidades de vivienda y que, en conjunto, generan un sistema de vivienda. **El objetivo de las estrategias de vivienda no es solamente**

87 “El derecho a la vida no pertenece en realidad a una u otra categoría de derechos humanos. La experiencia vivida ilustra que el derecho a la vida no puede separarse del derecho a un lugar seguro en el que vivir, y este segundo derecho solo tiene sentido en el contexto de un derecho a vivir con dignidad y seguridad, sin violencia. El derecho a una vivienda adecuada se desconecta con demasiada frecuencia del derecho a la vida y los valores básicos de los derechos humanos y se trata más como aspiración normativa que como derecho fundamental que exige respuestas oportunas basadas en los derechos y acceso a la justicia. [...] Ahora es el momento de reunificar estos dos derechos para que la falta de hogar y la vivienda extremadamente inadecuada se consideren y se aborden como violaciones inaceptables del derecho a una vivienda y el derecho a la vida” (pág. 2, A/71/310).

88 En el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, se han comprometido, en masa, a asegurar el acceso de todas las personas a viviendas y servicios básicos adecuados, seguros y asequibles para 2030. Además, a través de la Nueva Agenda Urbana, los Estados se han comprometido a promover políticas en materia de vivienda que respalden la realización progresiva del derecho a una vivienda adecuada para todos; que luchen contra todas las formas de discriminación y violencia e impidan los desalojos forzados arbitrarios; y que se centren en las necesidades de las personas sin hogar, las personas en situaciones vulnerables, los grupos de bajos ingresos y las personas con discapacidad, y propicien al mismo tiempo la participación y colaboración de las comunidades y los interesados pertinentes. Véase la resolución 71/256 de la Asamblea General, anexo, párr. 31.

proporcionar viviendas, sino también abordar las deficiencias y desigualdades de los sistemas vigentes. Brindan la oportunidad de revisar y modificar las políticas y programas para garantizar su eficacia, y se oponen a la estigmatización, la marginación y la discriminación que subyacen al fracaso de un sistema de vivienda. Las estrategias de vivienda exigen la participación de diversos departamentos y niveles de gobierno con múltiples responsabilidades y jurisdicciones.

Para dar cumplimiento a los compromisos de la Agenda 2030⁸⁹, las estrategias de vivienda deben velar por que nadie se quede atrás. En otras palabras, su objetivo debe ser convertir sociedades en las que un número considerable de personas se ven privadas del derecho a una vivienda adecuada en sociedades en las que todas las personas tengan acceso a una vivienda adecuada y en las que la vivienda sea un medio de garantizar la dignidad, la seguridad y la inclusión en comunidades sostenibles”.

Los **Principios fundamentales** de una estrategia de vivienda basada en derechos son:

Principio 1: basarse en la legislación y las normas jurídicas: un derecho legal, sujeto a recursos efectivos.

Principio 2: dar prioridad a los más necesitados y garantizar la igualdad: Las estrategias deben evaluar cuáles son las comunidades y poblaciones que tienen necesidades más acuciantes o que viven en condiciones más peligrosas

Principio 3: tener carácter exhaustivo y abarcar todos los niveles de gobierno: Las estrategias de vivienda deben abarcar múltiples programas, políticas y esferas de gobierno.

Principio 4: participación basada en derechos: La participación es un elemento fundamental de las estrategias de vivienda basadas en los derechos humanos, porque se opone a la exclusión y el silenciamiento. Debe distinguirse de las consultas. La participación de los pueblos indígenas en la planificación y las estrategias de vivienda debe llevarse a cabo de manera acorde con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169) de la Organización Internacional del Trabajo.

89 Resolución 70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas titulada “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”

Principio 5: elaboración de presupuestos responsables y justicia fiscal:

La elaboración de presupuestos para las estrategias de vivienda debe respetar la norma del “máximo de los recursos disponibles” y de “todos los medios apropiados”, conforme a lo dispuesto en el artículo 2, párrafo 1, del Pacto, e incluir enfoque de género.

Principio 6: objetivos y plazos basados en los derechos humanos: Los objetivos y plazos deben ser razonables. No conviene que sean ambiciosos hasta el punto de resultar inviables, pero deben reflejar la urgencia de hacer frente a las violaciones de los derechos humanos.

Principio 7: rendición de cuentas y supervisión: Es necesario designar a un órgano de supervisión que se encargue de evaluar de manera constante la eficacia de la estrategia de vivienda, identificar los fallos o deficiencias, recomendar las modificaciones necesarias y pedir responsabilidades

Principio 8: velar por el acceso a la justicia: Las estrategias basadas en derechos deben incluir mecanismos de reclamación efectivos para garantizar el acceso a vías de recurso cuando se determine que se ha producido una vulneración

Principio 9: aclarar las obligaciones de los actores privados y regular los mercados financieros, de la vivienda e inmobiliarios: Las estrategias de vivienda deben incluir campañas de educación sobre derechos humanos dirigidas a inversores y arrendadores; Las estrategias de vivienda deben cumplir todas las normas indicadas en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos.

Principio 10: ejecutar proyectos de cooperación y asistencia internacionales: los desafíos que se abordan en las estrategias de vivienda son de carácter mundial y requieren la adopción de medidas internacionales; se deben promover las inversiones y las prácticas empresariales conformes con la sostenibilidad y el derecho a la vivienda; Los Estados que necesitan préstamos de acreedores internacionales o regionales deberían negociar condiciones que contribuyan a sus estrategias de vivienda.

2.4. Derecho a la seguridad social

En el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la seguridad social ha sido entendido como “El derecho [...] a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo”.⁹⁰

Entre los instrumentos de derechos humanos vinculantes, el derecho ha sido reconocido en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*⁹¹ (1948), en el artículo 9⁹² del *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1966), en el artículo 11⁹³ de la *Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* (1979), artículo 27⁹⁴ de la *Convención sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias* (1990), y del artículo 28⁹⁵ de la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (2006).

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo⁹⁶, cuenta con un conjunto de tratados multilaterales que abordan específicamente la seguridad social. El *Convenio N°102 sobre la seguridad*

90 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 19: El derecho a la seguridad social, párrafo 2, E/C.12/GC/19, 23 de noviembre de 2007.

91 Artículo 22 “[...] toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”

92 Los Estados Parte reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”

93 art. 11 señala que: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: [...] e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas”.

94 Artículo 27

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables. Las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de empleo podrán tomar en cualquier momento las disposiciones necesarias para determinar las modalidades de aplicación de esta norma.

95 Artículo 28

Nivel de vida adecuado y protección social

2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho

96 La OIT fue creada en 1919, como parte del Tratado de Versalles que terminó con la Primera Guerra Mundial, y reflejó la convicción de que la justicia social es esencial para alcanzar una paz universal y permanente. Es una agencia tripartita de la ONU que reúne a gobiernos, empleadores/as y trabajadores/as a fin de establecer las normas del trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de mujeres y hombres.

social, de 1952 desarrolla estándares referidos a la asistencia médica para las personas protegidas, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez⁹⁷,

97 Artículo 25

Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 26

1. La contingencia cubierta será la supervivencia más allá de una edad prescrita.
2. La edad prescrita no deberá exceder de sesenta y cinco años. Sin embargo, la autoridad competente podrá fijar una edad más elevada, teniendo en cuenta la capacidad de trabajo de las personas de edad avanzada en el país de que se trate.
3. La legislación nacional podrá suspender la prestación si la persona que habría tenido derecho a ella ejerce ciertas actividades remuneradas prescritas, o podrá reducir las prestaciones contributivas cuando las ganancias del beneficiario excedan de un valor prescrito, y las prestaciones no contributivas, cuando las ganancias del beneficiario, o sus demás recursos, o ambos conjuntamente, excedan de un valor prescrito.

Artículo 27

Las personas protegidas deberán comprender:

- (a) sea a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados;
- (b) sea a categorías prescritas de la población económicamente activa que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes;
- (c) sea a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos, de conformidad con las disposiciones del artículo 67;
- (d) o bien, cuando se haya formulado una declaración, en virtud del artículo 3, a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas.

Artículo 28

La prestación consistirá en un pago periódico, calculado en la forma siguiente:

- (a) cuando la protección comprenda a categorías de asalariados o a categorías de la población económicamente activa, de conformidad con las disposiciones del artículo 65 o con las del artículo 66;
- (b) cuando la protección comprenda a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos, de conformidad con las disposiciones del artículo 67.

Artículo 29

1. La prestación mencionada en el artículo 28 deberá garantizarse, en la contingencia cubierta, por lo menos:
 - (a) a las personas protegidas que hayan cumplido, antes de la contingencia, de conformidad con reglas prescritas, un período de calificación que podrá consistir en treinta años de cotización o de empleo, o en veinte años de residencia;
 - (b) cuando en principio estén protegidas todas las personas económicamente activas, a las personas protegidas que hayan cumplido un período de calificación prescrito de cotización y en nombre de las cuales se hayan pagado, durante el período activo de su vida, cotizaciones cuyo promedio anual alcance una cifra prescrita.
2. Cuando la concesión de la prestación mencionada en el párrafo 1 esté condicionada al cumplimiento de un período mínimo de cotización o de empleo, deberá garantizarse una prestación reducida, por lo menos:
 - (a) a las personas protegidas que hayan cumplido, antes de la contingencia, de conformidad con reglas prescritas, un período de calificación de quince años de cotización o de empleo; o
 - (b) cuando en principio estén protegidas todas las personas económicamente activas, a las personas protegidas que hayan cumplido un período de calificación prescrito de cotización y en nombre de las cuales se haya pagado, durante el período activo de su vida, la mitad del promedio anual de cotizaciones prescrito a que se refiere el apartado b) del párrafo 1 del presente artículo.
3. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo se considerarán cumplidas cuando se garantice una prestación calculada de conformidad con la parte XI, pero según un porcentaje inferior en diez unidades al indicado en el cuadro anexo a dicha parte para el beneficiario tipo, por lo menos a las personas que hayan cumplido, de conformidad con reglas prescritas, diez años de cotización o de empleo, o cinco años de residencia.
4. Podrá efectuarse una reducción proporcional del porcentaje indicado en el cuadro anexo a la parte XI cuando el período de calificación correspondiente a la prestación del porcentaje reducido sea superior a diez años de cotización o de empleo, pero inferior a treinta años de cotización o de empleo. Cuando dicho período de calificación sea superior a quince años se concederá una pensión reducida, de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo.
5. Cuando la concesión de la prestación mencionada en los párrafos 1, 3 o 4 del presente artículo esté condicionada al cumplimiento de un período mínimo de cotización o de empleo, deberá garantizarse una prestación reducida, en las condiciones prescritas, a las personas protegidas que, por el solo hecho de la edad avanzada a que hubieren llegado cuando las disposiciones que permitan aplicar esta parte del Convenio se hayan puesto en vigor, no hayan podido cumplir las condiciones prescritas de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo, a menos que, de conformidad con las disposiciones de los párrafos 1, 3 o 4 de este artículo, se conceda una prestación a tales personas a una edad más elevada que la normal.

Artículo 30

Las prestaciones mencionadas en los artículos 28 y 29 deberán concederse durante todo el transcurso de la contingencia.

prestaciones en caso de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez, y prestaciones de sobrevivientes.

En tanto, el *Convenio OIT N° 128* sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 1967 establece obligaciones en el ámbito de las prestaciones de invalidez, de vejez⁹⁸, de sobrevivientes.

98 Parte III. Prestaciones de Vejez

Artículo 14

Todo Miembro para el cual esté en vigor la presente parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 15

1. La contingencia cubierta será la supervivencia a una edad prescrita.
2. La edad prescrita no deberá exceder de sesenta y cinco años, pero una edad más elevada podrá ser prescrita por la autoridad competente, habida cuenta de criterios demográficos, económicos y sociales apropiados, justificados por datos estadísticos.
3. Si la edad prescrita fuera igual o superior a sesenta y cinco años, esa edad deberá ser reducida, en las condiciones prescritas, para las personas que hayan estado trabajando en labores consideradas como penosas o insalubres.

Artículo 16

1. Las personas protegidas deberán comprender: (a) sea a todos los asalariados, incluidos los aprendices; (b) sea a categorías prescritas de la población económicamente activa que constituyan, por lo menos, el 75 por ciento de toda la población económicamente activa; (c) sea a todos los residentes, o a los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos de conformidad con las disposiciones del artículo 28.
2. Cuando esté en vigor una declaración formulada en virtud del artículo 4, las personas protegidas deberán comprender: (a) sea a categorías prescritas de asalariados que constituyan, por lo menos, el 25 por ciento de todos los asalariados; (b) sea a categorías prescritas de asalariados en empresas industriales que constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados ocupados en empresas industriales.

Artículo 17

La prestación de vejez deberá consistir en un pago periódico calculado: (a) de conformidad con las disposiciones del artículo 26 o con las del artículo 27, cuando la protección comprenda a asalariados o a categorías de la población económicamente activa; (b) de conformidad con las disposiciones del artículo 28, cuando la protección comprenda a todos los residentes, o a los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos.

Artículo 18

1. La prestación mencionada en el artículo 17 deberá garantizarse, en caso de realización de la contingencia cubierta, por lo menos: (a) a la persona protegida que, antes de la contingencia, haya cumplido, según reglas prescritas, un período de calificación que podrá ser de treinta años de cotización o de empleo, o de veinte años de residencia; o (b) cuando, en principio, todas las personas económicamente activas estén protegidas, a la persona protegida que, antes de la realización de la contingencia, haya cumplido un período de calificación de cotización prescrito y en cuyo nombre se haya pagado, durante el período activo de su vida, el promedio anual de cotizaciones prescrito.
2. Cuando la concesión de la prestación de vejez esté condicionada al cumplimiento de un período mínimo de cotización o de empleo, deberá garantizarse una prestación reducida por lo menos: (a) a la persona protegida que, antes de la contingencia, haya cumplido, según reglas prescritas, un período de calificación de quince años de cotización o de empleo; o (b) cuando, en principio, todas las personas económicamente activas estén protegidas, a la persona protegida que, antes de la contingencia, haya cumplido un período de cotización prescrito y en cuyo nombre se haya pagado, durante el período activo de su vida, la mitad del promedio anual de cotizaciones prescrito de acuerdo con el apartado b) del párrafo 1 del presente artículo.
3. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo se considerarán cumplidas cuando, por lo menos a la persona que haya cumplido, según reglas prescritas, diez años de cotización o de empleo, o cinco años de residencia, se le garantice una prestación, calculada de conformidad con la parte V, pero según un porcentaje inferior en diez unidades al indicado para el beneficiario tipo en el cuadro anexo a dicha parte.
4. Podrá efectuarse una reducción proporcional del porcentaje indicado en el cuadro anexo a la parte V cuando el período de calificación exigido para la concesión de la prestación correspondiente al porcentaje reducido sea superior a diez años de cotización o de empleo, o a cinco años de residencia, pero no inferior a treinta años de cotización o de empleo o a veinte años de residencia. Cuando dicho período de calificación sea superior a quince años de cotización o de empleo, se concederá una prestación reducida, de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo.

Artículo 19

La prestación mencionada en los artículos 17 y 18 deberá concederse durante toda la duración de la contingencia.

En lo referido a los pueblos indígenas, el artículo 24 del Convenio 169 de la OIT dispone “[l]os regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna.”

Como se refleja en dichos convenios de la OIT, no obstante que los instrumentos de derechos humanos se refieren a todas las personas, “el paradigma de la universalidad, es un asunto relativamente reciente a nivel de la OIT, que aparece en las discusiones de su 89ª Conferencia Internacional del Trabajo del año 2001”⁹⁹. Esto se refleja en la Resolución emitida al finalizar la 89ª reunión, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en 2001. En dicha resolución, la agencia plantea que “En 1944, la Conferencia reconoció «la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan (...) extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa». Ha llegado el momento de renovar la campaña de la OIT para mejorar y extender la cobertura de la seguridad social a quienes la necesiten. [...] Cada país debería determinar una estrategia nacional para trabajar por una seguridad social para todos. Esta debería vincularse estrechamente a la estrategia de empleo y al resto de las políticas sociales. Los programas específicos de asistencia social podrían ser un medio para comenzar a incluir a los grupos excluidos en la seguridad social.”¹⁰⁰

En 2001 la OIT puso en marcha una *Campaña Mundial en materia de Seguridad Social y Cobertura para Todos*, donde si bien se asume que no existe un único modelo de seguridad social correcto, debe otorgarse prioridad a las políticas y las iniciativas capaces de acercar la seguridad social a los que carecen de la cobertura ofrecida por los sistemas existentes, promover el principio de igualdad entre los dos géneros, y cada país debe formular una estrategia nacional de avance hacia la consecución de la seguridad social para todos.

En esta misma línea, en la 97ª Conferencia Internacional del Trabajo, en 2008, la agencia elaboró la *Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa*, que según se describe, “expresa la visión contemporánea del mandato de la OIT en la era de la globalización”. En uno de los cuatro principios declara que se deben “adoptar y ampliar medidas de protección social – seguridad

99 INDH, “Derechos Económicos, Sociales Y Culturales. Derecho A La Seguridad Social: Sistema De Pensiones”, Informe Anual sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile 2016, pág. 205, Santiago.

100 OIT, Resolución relativa a la seguridad social, 2001, disponible en www.ilo.org

social y protección de los trabajadores – que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales, con inclusión de: – la ampliación de la seguridad social a todas las personas, incluidas medidas para proporcionar ingresos básicos a quienes necesiten esa protección, y la adaptación de su alcance y cobertura para responder a las nuevas necesidades e incertidumbres generadas por la rapidez de los cambios tecnológicos, sociales, demográficos y económicos”.¹⁰¹

Posteriormente, en 2012 la OIT aprobó la *Recomendación N° 202*, cuyo objetivo fue establecer recomendaciones de pisos mínimos de protección social¹⁰².

101 OIT, Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 10 de junio de 2008, disponible en www.ilo.org

102 II. Pisos nacionales de protección social

Los Miembros deberían establecer y mantener pisos de protección social propios que incluyan garantías básicas en materia de seguridad social. Estas garantías deberían asegurar como mínimo que, durante el ciclo de vida, todas las personas necesitadas tengan acceso a una atención de salud esencial y a una seguridad básica del ingreso que aseguren conjuntamente un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional.

Los pisos de protección social deberían comprender por lo menos: a) acceso a la atención de salud esencial, que cumpla los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad; b) seguridad básica del ingreso para los niños, que asegure el acceso a la alimentación, la educación, los cuidados y cualesquiera otros bienes y servicios necesarios; c) seguridad básica del ingreso para las personas en edad activa que no puedan obtener ingresos suficientes, en particular en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez, y; d) seguridad básica del ingreso para las personas de edad.

Garantías básicas de seguridad social a todos los residentes y niños. Garantías básicas establecidas por ley y procedimientos de queja y de recurso imparciales, transparentes, eficaces, simples, rápidos, accesibles y poco onerosos. La seguridad básica del ingreso debería permitir vivir con dignidad y los niveles de las garantías deberían ser revisados periódicamente, y con participación tripartita.

Considerar diferentes enfoques, con vistas a aplicar la combinación más eficaz y eficiente de prestaciones y regímenes, combinando medidas preventivas, promocionales y activas, prestaciones y servicios sociales; promoviendo la actividad económica productiva y el empleo formal y la coordinación con otras políticas.

Los pisos de protección social nacionales deberían financiarse con recursos nacionales, con eventual apoyo a nivel internacional a fin de complementar sus propios esfuerzos.

III. Estrategias nacionales para extender la seguridad social

Los Miembros deberían formular y aplicar estrategias nacionales de extensión de la seguridad social, proporcionando al mayor número de personas posible y niveles de protección más elevados acordes con las capacidades económicas y fiscales de los Miembros. Los Miembros deberían establecer progresivamente y mantener sistemas de seguridad social coherentes y articular las políticas de seguridad social con las demás políticas públicas.

Al formular y aplicar estrategias nacionales para extender las estrategias de seguridad social, los Miembros deberían: identificar las lagunas de la protección y sus obstáculos; colmar las lagunas de la protección mediante regímenes apropiados y coordinados; complementar la seguridad social con políticas activas del mercado de trabajo, e informar a la población.

Las estrategias de extensión de la seguridad social deberían aplicarse a las personas que forman parte tanto de la economía formal como de la economía informal.

IV. Seguimiento

Los Miembros deberían dar seguimiento a los progresos alcanzados y organizar consultas nacionales de forma periódica para evaluar los progresos realizados, y generar información regularmente sobre seguridad social desglosados, en particular, por sexo.

Por su parte, a modo de orientación para los Estados, el Comité que da seguimiento al cumplimiento del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha especificado el contenido del derecho a la seguridad social por medio de su *Observación General N° 6 sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*, de 1995. Allí cita el art. 9 del PIDESC relativo al derecho a la seguridad social, indicando además que “Junto a personas de edad que gozan de buena salud y de una aceptable situación económica, existen muchas que carecen de medios económicos suficientes para subsistir, incluso en países desarrollados, y que figuran entre los grupos más vulnerables, marginales y no protegidos. En períodos de recesión y de reestructuración de la economía, las personas de edad corren mayores riesgos. [...] Como ha puesto ya de relieve el Comité (Observación general N° 3 (1990), párr. 12), los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros más vulnerables de la sociedad incluso en momentos de graves escaseces de recursos.[...] De conformidad con el artículo 9 del Pacto y con las disposiciones de aplicación de los Convenios de la OIT sobre seguridad social -Convenio N° 102, relativo a la norma mínima de la seguridad social (1952) y Convenio N° 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (1967)- los Estados Partes deben tomar las medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez obligatorios, a percibir a partir de una edad determinada, prescrita por las legislaciones nacionales.” (párrafos 27, 28 y 30)

La observación también insta a los Estados a fijar la edad de jubilación de manera flexible, y establecer, dentro de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas, para todas las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita fijada en la legislación nacional, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos.

En el año 2007, el Comité emitió la *Observación General N° 19 sobre seguridad social*¹⁰³. Allí, el Comité expresa su preocupación por la falta de acceso a una seguridad social adecuada.

A nivel regional, la *Declaración Americana de Derechos Humanos* (arts. 6, 7, 11, 16), el *Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales*

103 Observación General N° 19

Elementos del derecho a la seguridad social

Si bien los elementos del derecho a la seguridad social pueden variar, hay una serie de factores fundamentales que se aplican en todas las circunstancias.

1. Disponibilidad - sistema de seguridad social: que se haya establecido y funcione un sistema que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos sociales de que se trate.
2. Riesgos e imprevistos sociales: El sistema de seguridad social debe abarcar las siguientes nueve ramas principales de la seguridad social: atención de salud; enfermedad; vejez; desempleo; accidentes laborales; prestaciones familiares; maternidad; discapacidad; Sobrevivientes y huérfanos.
3. Nivel suficiente: las prestaciones deben ser suficiente en importe y duración.
4. Accesibilidad: Cobertura, Condiciones, Asequibilidad, Participación e información, acceso físico a los servicios de seguridad social;
5. Relación con otros derechos: El derecho a la seguridad social contribuye en gran medida a reforzar el ejercicio de muchos de los derechos enunciados en el Pacto

En relación con los pueblos indígenas, la OG señala que: 35. Los Estados Partes deben tratar en particular de que las poblaciones indígenas y las minorías raciales, étnicas y lingüísticas no queden excluidas de los sistemas de seguridad social por discriminación directa o indirecta, en particular debido a la imposición de condiciones de admisión poco razonables, o a la falta de información suficiente.; 6. No nacionales (incluidos los trabajadores migratorios, los refugiados, los solicitantes de asilo y los apátridas); 7. Desplazados internos e inmigrantes internos.

Respecto a las obligaciones jurídicas de los Estados partes, el Comité señala que:

Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la seguridad social, como garantizar el ejercicio de ese derecho sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2); la igualdad de derechos de hombres y mujeres (art. 3); y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) para lograr la cabal aplicación del párrafo 1 del artículo 11 y del artículo 12. Estas medidas deben ser deliberadas y concretas y tener por finalidad la plena realización del derecho a la seguridad social.

Los Estados Partes deben elaborar una estrategia nacional para lograr que se ponga plenamente en práctica el derecho a la seguridad social, y asignar suficientes recursos fiscales y de otro tipo a nivel nacional.

Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y de que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto

En relación con las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento, la OG señala:

44. La obligación de respetar exige que los Estados Partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho a la seguridad social.
45. La obligación de proteger exige que los Estados Partes impidan a terceras personas que interfieran en modo alguno en el disfrute del derecho a la seguridad social.
46. Cuando los planes de seguridad social, ya sean contributivos o no contributivos, son administrados o controlados por terceras partes, los Estados Partes conservan la responsabilidad de administrar el sistema nacional de seguridad social y asegurar que los agentes del sector privado no pongan en peligro un sistema de seguridad social en condiciones de igualdad, suficiente, al alcance de todos y accesible. Para impedir estos abusos, debe establecerse un sistema regulador eficaz, que incluya una legislación marco, una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de sanciones en caso de incumplimiento.
47. La obligación de cumplir exige a los Estados Partes que adopten las medidas necesarias, incluido el establecimiento de un sistema de seguridad social dirigido a la plena realización del derecho a la seguridad social. Esta obligación de cumplir se puede subdividir en las obligaciones de facilitar, promover y garantizar.
48. La obligación de facilitar exige a los Estados Partes que adopten medidas positivas para ayudar a las personas y a las comunidades a ejercer el derecho a la seguridad social.
49. La obligación de promover obliga al Estado Parte a tomar medidas para garantizar que haya una educación y una sensibilización pública adecuadas sobre el acceso a los planes de seguridad social, en particular en las zonas rurales y en las zonas urbanas desfavorecidas, o entre las minorías lingüísticas y de otro tipo.
50. Los Estados Partes también tienen la obligación de hacer efectivo el derecho a la seguridad social en los casos en que las personas o los grupos no están en condiciones, por motivos que se consideren razonablemente ajenos a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con los medios a su disposición dentro del sistema de seguridad social existente.
51. Es importante que los planes de seguridad social incluyan a los grupos desfavorecidos y marginados.

(Protocolo de San Salvador, art. 9), y la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* (art. 17) dan reconocimiento a este derecho en términos casi idénticos.

Por último, y aun cuando no tienen fuerza vinculante, existe un grupo de instrumentos regionales que buscan dar contenido al derecho a la seguridad social y plantean estándares al respecto. Entre ellos se encuentra la Declaración Iberoamericana de Seguridad Social de Buenos Aires (1972), el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de Quito (1978), el Tratado de la Comunidad Iberoamericana de la Seguridad Social (1982), la Declaración de Acapulco (1992), el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur (Decisión CMC N°19/97), el Acuerdo multilateral para la protección en salud de los asegurados en tránsito de las instituciones de seguridad social de Centroamérica (1994) y el Instrumento Andino de Seguridad Social (1997).

2.5. Derecho a la salud

El derecho a la salud se relaciona con numerosas dimensiones de la vida de las personas, y ello queda reflejado, de alguna manera, en las diferentes formas en que el derecho internacional de los derechos humanos le reconoce. Así, por un lado, el derecho es reconocido como un derecho en sí mismo, y a la vez, como parte de otros derechos humanos.

En el marco del derecho internacional de los derechos humanos, en 1946, la Organización Mundial de la Salud (OMS) definió la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades”. En 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos mencionaba la salud como parte del derecho a un nivel de vida adecuado¹⁰⁴:

¹⁰⁴ Artículo 25 “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

El derecho a la salud también fue reconocido como derecho humano en el art. 12¹⁰⁵ del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1966); en el art. 5 e) iv)¹⁰⁶ de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (1965); en los arts. 11 1) f), 12 y 14 2) b)¹⁰⁷ de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (1979), en el art. 24¹⁰⁸ de la *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989), en los arts. 28, 43 e) y 45 c)¹⁰⁹ de la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* (1990), y en el art. 25¹¹⁰ de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (2006).

105 Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

106 Artículo 5

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales;

107 Artículo 11

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

Artículo 12

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

Artículo 14

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:

b) Tener acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia;

108 Artículo 24

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios

109 Artículo 28

Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo.

Artículo 43

1. Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con

e) El acceso a los servicios sociales y de salud, siempre que se hayan satisfecho los requisitos establecidos para la participación en los planes correspondientes;

Artículo 45

1. Los familiares de los trabajadores migratorios gozarán, en el Estado de empleo, de igualdad de trato respecto de los nacionales de ese Estado en relación con:

c) El acceso a servicios sociales y de salud, a condición de que se cumplan los requisitos para la participación en los planes correspondientes;

110 Artículo 25

Salud

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud.

En lo referido a la aplicación de este derecho a los pueblos indígenas, el Convenio 169 de la OIT reconoce en su artículo 24 el deber de los gobiernos, por un lado, de disponer de servicios adecuados de salud para los pueblos indígenas, así como proporcionar a estos pueblos los medios para que estos puedan ser prestados y organizados bajo su control.

Además, numerosas conferencias y declaraciones han contribuido a desarrollar los contenidos del derecho a la salud. Por ejemplo, la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud (en la que se aprobó la Declaración de Alma-Ata) en 1978¹¹¹, la Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud de 1986, la Declaración y los objetivos de desarrollo del milenio adoptados en septiembre del 2000, y la Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA adoptada por la Asamblea General en junio de 2001, también han contribuido a esclarecer diversos aspectos relacionados con el derecho a la salud y a reafirmar los compromisos para con su realización.

A nivel internacional, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales da seguimiento al cumplimiento de dicho Pacto por parte de los Estados, y en el año 2000, el Comité presentó la

111 El punto VI de la Declaración señala: “La atención primaria de salud es la asistencia sanitaria esencial basada en métodos y tecnologías prácticos, científicamente fundados y socialmente aceptables, puesta al alcance de todos los individuos y familias de la comunidad mediante su plena participación y a un costo que la comunidad y el país puedan soportar, en todas y cada una de las etapas de su desarrollo con un espíritu de autorresponsabilidad y autodeterminación. La atención primaria forma parte integrante tanto del sistema nacional de salud, del que constituye la función central y el núcleo principal, como del desarrollo social y económico global de la comunidad. Representa el primer nivel de contacto de los individuos, la familia y la comunidad con el sistema nacional de salud, llevando lo más cerca posible la atención de salud al lugar donde residen y trabajan las personas, y constituye el primer elemento de un proceso permanente de asistencia sanitaria”. Y agrega a continuación: “La atención primaria de salud: es a la vez un reflejo y una consecuencia de las condiciones económicas y de las características socioculturales y políticas del país y de sus comunidades, y se basa en la aplicación de los resultados pertinentes de las investigaciones sociales, biomédicas y sobre servicios de salud y en la experiencia acumulada en materia de salud pública; 1. se orienta hacia los principales problemas de salud de la comunidad y presta los servicios de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación necesarios para resolver esos problemas; 2. comprende, cuando menos, las siguientes actividades: la educación sobre los principales problemas de salud y sobre los métodos de prevención y de lucha correspondientes; la promoción del suministro de alimentos y de una nutrición apropiada, un abastecimiento adecuado de agua potable y saneamiento básico; la asistencia materno infantil, con inclusión de la planificación de la familia; la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; la prevención y lucha contra las enfermedades endémicas locales; el tratamiento apropiado de las enfermedades y traumatismos comunes; y el suministro de medicamentos esenciales; 3. entraña la participación, además del sector sanitario, de todos los sectores y campos de actividad conexos del desarrollo nacional y comunitario, en particular la agricultura, la zootecnia, la alimentación, la industria, la educación, la vivienda, las obras públicas, las comunicaciones y otros sectores y exige los esfuerzos coordinados de todos esos sectores; 4. exige y fomenta en grado máximo la autorresponsabilidad y la participación de la comunidad y del individuo en la planificación, la organización, el funcionamiento y el control de la atención primaria de salud, sacando el mayor partido posible de los recursos locales y nacionales y de otros recursos disponibles, y con tal fin desarrolla mediante la educación apropiada la capacidad de las comunidades para participar; 5. debe estar asistida por sistemas de envío de casos integrados, funcionales y que se apoyen mutuamente, a fin de llegar al mejoramiento progresivo de la atención sanitaria completa para todos, dando prioridad a los más necesitados; 6. se basa, tanto en el plano local como en el de referencia y consulta de casos, en personal de salud, con inclusión según proceda, de médicos, enfermeras, parteras, auxiliares y trabajadores de la comunidad, así como de personas que practican la medicina tradicional, en la medida que se necesiten, con el adiestramiento debido en lo social y en lo técnico, para trabajar como un equipo de salud y atender las necesidades de salud expresadas de la comunidad.”

Observación General Nr. 14, la que ayudó a robustecer y clarificar el contenido de este derecho¹¹².

En dicha Observación General se desarrollan los elementos esenciales e interrelacionados del derecho a la salud:

- Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas
- Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud (6) deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte.
- No discriminación
- Accesibilidad física
- Accesibilidad económica (asequibilidad)
- Acceso a la información
- Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados
- Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.

112 OBSERVACIÓN GENERAL NR. 14 DEFINICIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

“El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud” (párr.8).

“El concepto del “más alto nivel posible de salud”, a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. Existen varios aspectos que no pueden abordarse únicamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y los individuos; en particular, un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona. Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud” (párr.9).

“El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional” (párr.11).

En cuanto a las *obligaciones de los Estados*, el Pacto impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efecto inmediato¹¹³.

El derecho a la salud ha sido desarrollado en relación con diversos ámbitos y grupos de población¹¹⁴. En la Observación General N° 14, antes citada, se desarrollan ciertos principios en materia de igualdad y no discriminación¹¹⁵, y en relación con ciertos grupos vulnerados como las mujeres, los niños, niñas y adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidad, y los pueblos indígenas¹¹⁶.

113 “Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la salud, como la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2) y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 12. Esas medidas deberán ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho a la salud” (párr.30). En cuanto a la realización progresiva del derecho, se señala que “significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12”.

114 El mismo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales elaboró una observación general específica sobre salud sexual y reproductiva n° 22 (2016) y otra anterior sobre no discriminación n° 20 (2009). A su vez, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité de Derechos del Niño, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial han desarrollado otras diez observaciones generales con orientaciones para que los Estados den cumplimiento efectivo a este derecho.

115 “18. En virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud. El Comité señala que se pueden aplicar muchas medidas, como las relacionadas con la mayoría de las estrategias y los programas destinados a eliminar la discriminación relacionada con la salud, con consecuencias financieras mínimas merced a la promulgación, modificación o revocación de leyes o a la difusión de información. El Comité recuerda el párrafo 12 de la observación general N° 3 en el que se afirma que incluso en situaciones de limitaciones graves de recursos es preciso proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la aprobación de programas especiales de relativo bajo costo.

19. En cuanto al derecho a la salud, es preciso hacer hincapié en la igualdad de acceso a la atención de la salud y a los servicios de salud. Los Estados tienen la obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes, y, al garantizar la atención de la salud y proporcionar servicios de salud, impedir toda discriminación basada en motivos internacionalmente prohibidos, en especial por lo que respecta a las obligaciones fundamentales del derecho a la salud (16). Una asignación inadecuada de recursos para la salud puede dar lugar a una discriminación que tal vez no sea manifiesta. Por ejemplo, las inversiones no deben favorecer desproporcionadamente a los servicios curativos caros que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de una parte mayor de la población.”

116 “27. Habida cuenta del derecho y la práctica internacionales que están surgiendo, así como de las medidas adoptadas recientemente por los Estados en relación con las poblaciones indígenas (19), el Comité estima conveniente identificar los elementos que contribuirían a definir el derecho a la salud de los pueblos indígenas, a fin de que los Estados con poblaciones indígenas puedan aplicar más adecuadamente las disposiciones contenidas en el artículo 12 del Pacto. El Comité considera que los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud. Los servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales. Los Estados deben proporcionar recursos para que los pueblos indígenas establezcan, organicen y controlen esos servicios de suerte que puedan disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. También deberán protegerse las plantas medicinales, los animales y los minerales que resultan necesarios para el pleno disfrute de la salud de los pueblos indígenas. El Comité observa que, en las comunidades indígenas, la salud del individuo se suele vincular con la salud de la sociedad en su conjunto y presenta una dimensión colectiva. A este respecto, el Comité considera que las actividades relacionadas con el desarrollo que inducen al desplazamiento de poblaciones indígenas, contra su voluntad, de sus territorios y entornos tradicionales, con la consiguiente pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre la salud de esas poblaciones.”

En el año 2002, la entonces Comisión de Derechos Humanos creó el mandato del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental¹¹⁷. Desde entonces, se han elaborado informes anuales e informes por país, además de recibir casos con denuncias individuales. Los temas de especial preocupación de la relatoría han sido los siguientes: derecho a la salud y políticas públicas, la violencia como un obstáculo para la realización del derecho a la salud, el derecho a la salud mental, la aproximación al derecho a la salud desde la perspectiva del ciclo de vida, el rol de los diferentes actores, sistemas de salud y financiamiento, el acceso a los medicamentos, derecho a la salud y VIH/SIDA, política de drogas y consumo de estupefacientes, derechos sexuales y reproductivos, medio ambiente y cambio climático, y grupos en situación de vulnerabilidad.

Además, en los informes se han abordado otras numerosas y variadas temáticas tales como el derecho a la salud mental de las personas en tránsito (2018), el derecho a la salud de las personas privadas de libertad (2018), corrupción y derecho a la salud (2017), el derecho a la salud de los y las adolescentes (2016), implementación efectiva del derecho a la salud, justiciabilidad, realización progresiva del derecho a la salud, déficit de accountability por parte de las corporaciones transnacionales, entre otros (2014), derecho a la salud y criminalización de las conductas sexuales entre personas del mismo sexo y orientación sexual, trabajo sexual y transmisión de VIH (2010); enfoque de derechos humanos en los indicadores de salud (2006); profesionales de la salud y educación en derechos humanos (2005).

Finalmente, en los últimos años, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) ha trabajado colaborativamente con organismos técnicos y de la sociedad civil, académicos y otros profesionales, desarrollando un sistema de indicadores para dar seguimiento al cumplimiento, por parte del Estado, de los compromisos en este ámbito¹¹⁸.

117 Resolución 2002/31. El mandato fue renovado por el Consejo de Derechos Humanos, en diciembre de 2007, a través de la Resolución 6/29, y sucesivamente en octubre de 2010 a través de la resolución 15/22, en octubre de 2013 a través de la resolución 24/6, y en octubre de 2016 a través de la resolución 33/9.

118 “[L]os indicadores de derechos humanos brindan informaciones concretas sobre el estado o la condición de un objeto, un acontecimiento, una actividad o un resultado que pueden estar relacionados con las normas de derechos humanos; que abordan y reflejan principios e intereses en materia de derechos humanos y que se utilizan para evaluar y vigilar la promoción y protección de los derechos humanos. (Pág. 19). (...) [L]os indicadores del cumplimiento en el contexto de los derechos humanos están explícitamente anclados en las normas de derechos humanos. Esos indicadores tienen objeto captar la medida en que las obligaciones derivadas de esas normas se están cumpliendo y están dando resultados que pueden asociarse a una mejora en el disfrute de los derechos humanos (Pág.22). Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). “Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación”, 2012.

Este esfuerzo conjunto busca mejorar las condiciones para el monitoreo del cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, entre ellos, el derecho a la salud

A nivel interamericano, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1969) contiene disposiciones relacionadas con la salud, como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, y el derecho a la familia y la vida privada. En tanto, el derecho a la salud está reconocido en el artículo 10 del *Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo De San Salvador”* (1988)¹¹⁹ se reconoce el derecho a la salud¹²⁰.

A su vez, el derecho está reconocido en el art. 11¹²¹ de la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* en los siguientes términos:

119 A la fecha de esta publicación, Chile no ha ratificado el “Protocolo de San Salvador”.

120 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

- a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
- b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
- c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
- d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
- e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
- f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

121 “Derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud. La persona mayor tiene el derecho irrenunciable a manifestar su consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud. La negación de este derecho constituye una forma de vulneración de los derechos humanos de la persona mayor.

Con la finalidad de garantizar el derecho de la persona mayor a manifestar su consentimiento informado de manera previa, voluntaria, libre y expresa, así como a ejercer su derecho de modificarlo o revocarlo, en relación con cualquier decisión, tratamiento, intervención o investigación, en el ámbito de la salud, los Estados Parte se comprometen a elaborar y aplicar mecanismos adecuados y eficaces para impedir abusos y fortalecer la capacidad de la persona mayor de comprender plenamente las opciones de tratamiento existentes, sus riesgos y beneficios.

Dichos mecanismos deberán asegurar que la información que se brinde sea adecuada, clara y oportuna, disponible sobre bases no discriminatorias, de forma accesible y presentada de manera comprensible de acuerdo con la identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación de la persona mayor.

Las instituciones públicas o privadas y los profesionales de la salud no podrán administrar ningún tratamiento, intervención o investigación de carácter médico o quirúrgico sin el consentimiento informado de la persona mayor.

En los casos de emergencia médica que pongan en riesgo la vida y cuando no resulte posible obtener el consentimiento informado, se podrán aplicar las excepciones establecidas de conformidad con la legislación nacional.

La persona mayor tiene derecho a aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos, incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, investigación, experimentos médicos o científicos, ya sean de carácter físico o psíquico, y a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión.

Los Estados Parte establecerán también un proceso a través del cual la persona mayor pueda manifestar de manera expresa su voluntad anticipada e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos. En estos casos, esta voluntad anticipada podrá ser expresada, modificada o ampliada en cualquier momento solo por la persona mayor, a través de instrumentos jurídicamente vinculantes, de conformidad con la legislación nacional.”

Finalmente, en 2017 se creó la Relatoría Especial en DESCAs, cuyo mandato es apoyar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el cumplimiento de su mandato de promoción y protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en las Américas.

3. Estándares comparados con énfasis en ordenamientos constitucionales

En el siguiente apartado se realiza un análisis del contenido específico de ciertos derechos en las Constituciones Políticas de Argentina, Uruguay, Brasil, Bolivia, Ecuador, Colombia y México. En ellas se buscó conocer cómo –si es que de algún modo- se reconocen los derechos a la salud, a un medio ambiente libre de contaminación, al agua, a la vivienda adecuada, y a la seguridad social (pensiones de vejez). Al recorrer estos textos para hacer este análisis, es posible reflexionar acerca de las trayectorias de estas democracias y sus pueblos, el rol de las Constituciones en cada Estado, las tensiones entre poderes y las brechas entre las obligaciones estatales y sus prácticas.

Antes de continuar, es necesario llamar la atención respecto al hecho de que, a la hora de analizar si un derecho se encuentra reconocido y protegido a nivel constitucional, no alcanza con considerar solamente la fórmula de redacción, el modo del reconocimiento, sino que es necesario tener en consideración cómo la parte orgánica distribuye poder entre poderes del Estado y otros actores, al asignar roles y potestades específicas (o no). Como señalamos al inicio de este capítulo, los magros resultados de nuestros sistemas democráticos tienen que ver, en muchas ocasiones, con problemas en la distribución de poder, en muchos casos, en marcos de Constituciones con derechos bien desarrollados en sus textos.

El análisis de “la ley primera”, como se le suele decir en algunos países, es relevante desde el punto de vista de los derechos humanos a los fines de identificar los pisos mínimos que deben orientar las normas y el diseño de políticas públicas. No obstante, las normas constitucionales –en ocasiones- ideales en su redacción, cobran vida real en las interpretaciones y en las prácticas estatales. En otros casos, los textos constitucionales no contienen grandes desarrollos, y sin embargo, su interpretación por parte del legislador o de los tribunales es robusta y garantista.

En el marco de los debates constitucionales, existen discusiones en torno a la forma en que las Constituciones pueden consagrar los derechos humanos, a la vez que respeto a su justiciabilidad, y asociado con esto, al rol y la práctica de los tribunales de justicia. Respecto al primer punto, sobre

la forma en que las constituciones reconocen los derechos humanos, el análisis efectuado muestra lo siguiente:

Algunas de las Constituciones analizadas son acotadas en lo referido al reconocimiento de los DESCAs, y en general, de otros derechos y principios que ordenan al Estado. Otras, por el contrario, tienen un desarrollo exhaustivo y extenso de ciertos ámbitos de interés. Esto dice relación con la tradición Iberoamericana:

“Todas las Constituciones de Iberoamérica son escritas. En esta característica se expresa con claridad la influencia primordial de la tradición jurídica europea continental de la codificación, donde la expresión escrita de la ley, la norma jurídica, es estimada una condición para su validez y aplicación. En contraste con la tradición del derecho anglosajón, especialmente Inglaterra, donde la expresión escrita no ha sido una de las características del sistema jurídico, llegándose, como es sabido, incluso a que en la Inglaterra de antes y en la Gran Bretaña de hoy no hay Constitución escrita. (...) Sin embargo, en la mayoría de los países de Iberoamérica la cantidad de constituciones escritas que se han sucedido una a la otra, las múltiples modificaciones legislativas, y las derogaciones *defacto* y las suspensiones de la Constitución que han ocurrido en varios de los países, indican que la característica de la escrituración y la rigidez no han traído como resultado la esperada estabilidad del Estado dentro de un orden establecido.”¹²²

“Curiosamente, en los países que siguen la tradición jurídica del *common law*, donde las constituciones si bien escritas permiten ellas mismas la actualización de las mismas por vía de la interpretación judicial amplia y abierta, las constituciones permanecen, las reformas son pocas y sustanciales, y la estabilidad institucional mayor. No se desea avanzar otro tipo de conclusiones fuera de señalar que las características del sistema jurídico a que se pertenece influyen notoriamente en el desarrollo político institucional y en la Constitución como instrumento de ordenamiento social. Las constituciones de América del Norte y el Caribe, como las de Iberoamérica, son constituciones escritas, si bien su significado se complementa con diversas decisiones judiciales.”¹²³

122 Fuenzalida-Puelma, H. y Scholle Connor, S. Editores; “El derecho a la salud en las Américas. Estudio Constitucional Comparado”, Publicación Científica N° 509, Organización Panamericana de la Salud, 1989, pág. 526.

123 *Ob. Cit.*, pág. 528.

Algunas Constituciones analizadas contienen referencias explícitas a los derechos de las personas pertenecientes a grupos especiales de protección, como las personas con discapacidad, las mujeres, los niños, niñas y adolescentes, las personas mayores, o los pueblos indígenas (México, Ecuador, Bolivia, Colombia). Algunas otras, explicitan sus proyectos de desarrollo como Estado, alcanzando ámbitos de regulación sectorial como la minería y la energía (Bolivia). En otros casos, la Constitución también desarrolla de modo central el concepto de “buen vivir” (Ecuador, Bolivia). No obstante, los casos de Argentina, Uruguay y en alguna medida Brasil son ejemplos de Constituciones que no contienen un gran desarrollo referido a los DESCAs en sus textos, sino que –como en el caso argentino- otorgan reconocimiento con jerarquía constitucional a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado.

De acuerdo al profesor Nogueira, “nuestro constitucionalismo latinoamericano, se ha distinguido en el concierto internacional en las últimas tres décadas por asegurar los derechos fundamentales en base no sólo a la explicitación formal de los derechos asegurados constitucionalmente sino también incorporando a estos los derechos asegurados por las fuentes formales del derecho internacional (...) La positivación constitucional constituye el primer paso para la efectividad y eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales, como ocurre, asimismo, con los derechos individuales y políticos. Dicha positivación puede estar dada directa e inmediatamente en el texto constitucional al reconocerse los derechos económicos, sociales y culturales como derechos constitucionales o derechos fundamentales, adquiriendo la misma fuerza normativa que todas las disposiciones constitucionales, o por integrar el bloque constitucional de derechos como derechos implícitos, o derechos incorporados al texto constitucional por la vía de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos específicamente reconocidas e incorporadas al ordenamiento automáticamente o por el procedimiento que indica el propio texto constitucional.

En algunos casos los derechos económicos, sociales y culturales pueden estar suficientemente delimitados y configurados, determinando el sujeto pasivo de la obligación de su respeto y aseguramiento. Luego, es posible también garantizarlos como se hace con los derechos individuales. La exigencia al Estado es precisamente de que ellos sean efectivamente asegurados, respetados, protegidos y garantizados, ya que la garantía depende de una decisión política y económica del Estado.”¹²⁴

124 Nogueira Alcalá, Humberto; “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, *Estudios Constitucionales*, Año 7, Nº 2, 2009, pág. 149 y 160.

Sobre el punto del reconocimiento de derechos en las Constituciones, y la relación que esto tiene con la garantía de derechos, el profesor argentino Roberto Gargarella advierte sobre la necesidad de ser escépticos “frente a la actitud celebratoria o ingenua de defensa de los derechos” y señala que no se debe olvidar; “la cuestión más estructural, que tiene que ver con la cuestión económica pero también con la parte orgánica de la Constitución.” Según el profesor, “En parte el problema es que quienes tienen un papel central -actual o potencial- en la reforma son aquellos que se benefician o podrían ser los primeros beneficiados de este sistema constitucional que es funcional a una distribución desigual del poder económico, político y legal. Entonces las constituciones están hechas al servicio de esa desigualdad y son reflejo de ella y es difícil pensar que van a verse movidos a cortarse los propios pies. En estos años se dan los aniversarios de las constituciones de Brasil, Ecuador, Colombia, México, y son hechos extraordinarios en sí, pero también por el modo en que han sido expresión de y funcionales a la preservación de desigualdades. Es decir, son producto de desigualdades y a su vez reforzadoras de ellas. Entonces muchas instituciones que están ahí consagradas merecerían ser cambiadas, pero, en términos de la motivación política, no es fácil ver de donde podrían salir las energías para impulsar el tipo de reformas que uno pensaría necesarias. Está claro que las reformas de los derechos han sido funcionales a la preservación de las desigualdades. (...) Si uno tuviera que mencionar una cláusula espectacular del nuevo constitucionalismo latinoamericano, es la vinculada al *sumak kawsay*, o sea los derechos indígenas y los derechos de la naturaleza, sobre todo. Eso fue para muchos lo fascinante que simbolizaba lo más avanzado en Ecuador y en Bolivia para el derecho constitucional regional, pero que consagraban algo rarísimo como que la naturaleza tenía derechos. La Corte ecuatoriana, en una de las tantas vueltas para defender al presidente, dijo que los proyectos de fracking¹²⁵ y de explotación minera más salvajes eran compatibles con el *suma causae*. De nuevo, una muestra de que si vos preservás las estructuras de desigualdad en todo terreno (económico, político, institucional, constitucional), después no me mientas regalándome derechos nuevos y nuevas formas de participación.”¹²⁶

125 La fracturación hidráulica, fractura hidráulica o estimulación hidráulica es una técnica para posibilitar o aumentar la extracción de gas y petróleo del subsuelo.

126 Entrevista a Roberto Gargarella, por Tomás Allan y Ramiro Albina, en Revista Segunda Vuelta, 3 de noviembre de 2018, disponible en www.segundavuelta.com

En relación con el ámbito específico de la justiciabilidad de los DESC¹²⁷ y el tipo de respuesta dada por algunos tribunales superiores, la bibliografía consultada permite afirmar que la jurisprudencia constitucional latinoamericana ha hecho una interpretación de los DESC que permite considerarlos ‘justiciables’¹²⁸. Del análisis desarrollado por algunos especialistas, la jurisprudencia constitucional de algunos países muestra casos en donde los tribunales han hecho una interpretación integral de los DESC y sus implicancias en términos de las obligaciones del Estado y sus políticas públicas a desarrollar.

Tomando como base de análisis algunas sentencias de la Corte Constitucional Colombiana¹²⁹, la Corte Suprema de Venezuela¹³⁰, la Corte Suprema Argentina¹³¹, y el Tribunal Constitucional Peruano¹³², el profesor Humberto Nogueira concluye que “El derecho comparado muestra nuevas opciones de garantía del conjunto de los derechos, a través de la consideración de las omisiones legislativas absolutas que afectan el contenido de derechos fundamentales, posibilitando controles de constitucionalidad por omisiones legislativas, por la persistente e irrazonable vulneración de derechos por la negativa a dictar las normas de implementación de ellos, instando a legislar dentro de plazos razonable y reservándose el control de razonabilidad y proporcionalidad de esos productos legislativos, teniendo como parámetro de control los atributos integrantes de los derechos esenciales o fundamentales determinados por la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos.”¹³³

127 En el ámbito latinoamericano, los países que son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, saben que el artículo 26 de dicha Convención, posibilita la presentación de peticiones individuales en relación con derechos económicos, sociales y culturales, sobre lo cual se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “cinco pensionistas v/s Perú” en su sentencia de 28 de febrero de 2003.

128 Claudio Nash Rojas, Estudios Constitucionales, Año 9, N° 1, 2011, pp. 65 – 118. A nivel interamericano, la Corte ha desarrollado argumentos con posiciones a favor y en contra de la justiciabilidad directa de los DESC sobre la base del artículo 26 de la CADH. Un ejemplo de ello es el voto concurrente de los jueces Sierra Porto y Ferrer Mac Gregor en el caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, 1 de septiembre de 2015.

129 Sentencias citadas en Nogueira, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, Estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, 2009, pp. 143-205: Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, ST-533 de 1992, fundamentos 1, 3 y 5. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-776 de 2003, Sentencia C-251 de 1997; T-595 de 2002; T-680-2003; Sentencia Corte Constitucional T-010 de enero 21 de 1999; SU – 111 de 4 1997.

130 Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 487/2001 de 6 de abril, reiterada en sentencia N° 881/2002, de 8 de mayo; sentencia N° 85 de 2002.

131 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 24 de octubre de 2000. Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social –Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/Recurso de Hecho, considerando 21.

132 Sentencia del Tribunal Constitucional peruano Exp. N° 4635-2004- AA/TC-Tacna, fundamentos jurídicos 18° y 19°.

133 Nogueira Alcalá, Humberto; “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, Estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, 2009, pág. 201.

En el caso del profesor Claudio Nash, las conclusiones de su análisis para algunas sentencias de Colombia y Perú, señalan que: “En primer lugar, destaca la concepción de estos derechos como derechos exigibles y respecto de los cuales el Estado está obligado, al menos, a adoptar medidas positivas que permitan el cumplimiento de ciertos mínimos para su goce y ejercicio por parte de la ciudadanía. En segundo lugar, es posible ver que los tribunales constitucionales también han considerado como una vía útil para la protección de los derechos con fuerte contenido prestacional, usar derechos civiles y políticos, en particular aquellos derechos que cuentan con una mejor protección institucional, como el derecho a la vida y el principio de igualdad y no discriminación. En tercer lugar, es interesante el contenido muy concreto que se ha otorgado al principio de progresividad, tanto en su fase positiva (avances en pos del cumplimiento de ciertos mínimos de satisfacción de derechos) como en su alcance de abstención (políticas de no regresividad). Por último, destaca que estos derechos con un fuerte contenido prestacional contemplan obligaciones positivas para el Estado, en particular, vinculadas con las políticas públicas necesarias para satisfacer dichos derechos prestacionales, lo que permite a los tribunales con competencia constitucional revisar políticas públicas e incluso proponer medidas para que sean adoptadas por las autoridades competentes.”¹³⁴

En el caso de Argentina, y en particular al analizar el derecho a la seguridad social y su relación con el derecho a la salud, Bazán señala que “el sistema jurisdiccional ofrece un grado de protección adecuado y sustentable. Su oportuna actuación, con la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la vanguardia, ha posibilitado tutelar aspectos básicos de tal potestad. (...) Si bien la performance protectora del máximo tribunal argentino acerca del derecho a la seguridad social arroja un saldo positivo, no se puede ocultar que el mayor déficit se localiza en las esferas de planificación y la apropiada ejecución de políticas sociales.”¹³⁵ Y concluye: “En el Estado constitucional y convencional, la creciente interrelación de derechos y políticas sociales deviene indisputable. En ese punto, con ser muy apreciable la labor de defensa de los derechos humanos, en la hora actual ella por sí sola se revela exigua (y en consecuencia ineficaz) si no se la acompaña con una tarea proactiva de fiscalización de las políticas públicas para enfocar los inconvenientes estructurales que subyacen a las violaciones concretas de aquellos derechos en la franja de la seguridad social), para procurar incidir en la formación o la corrección de tales políticas sustentadas en valores como la equidad social y la solidaridad.”¹³⁶

134 *Ibidem*, pág. 98.

135 Bazán, Víctor, “La protección del derechos a la seguridad social en el Estado Constitucional y convencional argentino”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXIII, Bogotá 2017, pág. 238.

136 *Ibidem*, pág. 239.

Ante este hecho, una conclusión evidente es que así como es relevante que las constituciones contengan un reconocimiento positivo de los derechos humanos, y en particular a los DESCAs, del cual se deriven las obligaciones del Estado, ello no garantiza una interpretación favorable por parte de la justicia ni del Ejecutivo a cargo del desarrollo de políticas públicas a nivel nacional. En este marco, es el conjunto de acciones lo que puede hacer una diferencia en la garantía eficaz de los derechos humanos. Por un lado, esto implica su reconocimiento formal a nivel constitucional, pero por el otro, y desde una crítica a las condiciones estructurales de desigualdad en que viven las personas y comunidades en nuestros países, se requieren proyectos de desarrollo económico y diseños institucionales que distribuyan efectivamente el poder político y económico. De otro modo, con los actuales diseños institucionales, políticos y económicos que concentran el poder en grupos muy reducidos de personas, sin posibilidad de incidencia real y participación de las comunidades y organizaciones, resultará difícil cuando no imposible, concretar proyectos democratizadores e igualitarios a través de la institucionalidad formal de nuestros Estados.

4. Constituciones de América Latina

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR	
TÍTULO I. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO CAPÍTULO PRIMERO Principios fundamentales	Artículo 1 Artículo 3
TÍTULO II. DERECHOS CAPÍTULO PRIMERO Principios de aplicación de los derechos CAPÍTULO SEGUNDO. Derechos del buen vivir Sección primera Agua y alimentación Sección segunda Ambiente sano Sección sexta. Hábitat y vivienda Sección octava. Trabajo y seguridad social CAPÍTULO SÉPTIMO. Derechos de la naturaleza CAPÍTULO NOVENO Responsabilidades	Artículo 10 Artículo 11 Artículo 12 Artículo 13 Artículo 14 Artículo 15 Artículo 30 Artículo 31 Artículo 32 Artículo 34 Artículo 71 Artículo 72 Artículo 73 Artículo 74 Artículo 83
TÍTULO III GARANTÍAS CONSTITUCIONALES CAPÍTULO PRIMERO Garantías normativas CAPÍTULO SEGUNDO Políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana	Artículo 84 Artículo 85
TÍTULO VI RÉGIMEN DE DESARROLLO CAPÍTULO PRIMERO Principios generales CAPÍTULO TERCERO Soberanía alimentaria CAPÍTULO CUARTO Soberanía económica Sección primera Sistema económico y política económica Sección quinta Régimen tributarlo CAPÍTULO QUINTO Sectores estratégicos, servicios y empresas públicas	Artículo 275 Artículo 276 Artículo 277 Artículo 281 Artículo 282 Artículo 284 Artículo 300 Artículo 313 Artículo 314

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA	
TITULO II. DE LOS DERECHOS, LAS GARANTIAS Y LOS DEBERES	Artículo 13
CAPITULO I. De los derechos fundamentales	Artículo 48
CAPITULO II. De los derechos sociales, económicos y culturales	Artículo 49
Derecho a la seguridad social	Artículo 50
Derecho a la salud	Artículo 51
Derecho a una vivienda digna	Artículo 52
CAPITULO III. De los derechos colectivos y del ambiente	Artículo 79
Derecho a un medio ambiente sano	Artículo 80
	Artículo 81
CAPITULO V. De los deberes y obligaciones	Artículo 95

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE PLURINACIONAL DE BOLIVIA	
Primera Parte. Bases Fundamentales del Estado. Derechos, Deberes y Garantías.	Artículo 7
TÍTULO I. BASES FUNDAMENTALES DEL ESTADO	Artículo 8
CAPÍTULO SEGUNDO: Principios, Valores y Fines del Estado	Artículo 9
	Artículo 10
	Artículo 13
	Artículo 14
	Artículo 15
	Artículo 16
	Artículo 17
	Artículo 18
	Artículo 19
	Artículo 20
TÍTULO II DERECHOS FUNDAMENTALÍSIMOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS	Artículo 31
CAPÍTULO SEGUNDO - Derechos Fundamentalísimos	Artículo 32
CAPÍTULO CUARTO - Derechos De Las Naciones Y Pueblos Indígena Originario Campesinos	Artículo 33
CAPÍTULO QUINTO - Derechos Sociales Y Económicos	Artículo 34
Sección I - Derecho al medio ambiente	Artículo 35
Sección II Derecho a la salud y a la seguridad social	Artículo 36
	Artículo 37
	Artículo 38
	Artículo 39
	Artículo 40
	Artículo 41
	Artículo 42
	Artículo 43
	Artículo 44
	Artículo 45

TÍTULO III - DEBERES	Artículo 109
TÍTULO IV. GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y ACCIONES DE DEFENSA CAPÍTULO PRIMERO: Garantías jurisdiccionales	Artículo 110
	Artículo 111
	Artículo 112
	Artículo 113
	Artículo 114
	Artículo 115
	Artículo 116
	Artículo 117
	Artículo 118
	Artículo 119
	Artículo 120
	Artículo 121
	Artículo 122
	Artículo 123
	Artículo 124
Artículo 125	

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ARGENTINA	
PRIMERA PARTE CAPÍTULO PRIMERO. DECLARACIONES, DERECHOS Y GARANTÍAS Derecho a la seguridad social y a la vivienda digna	Artículo 14 bis
CAPÍTULO SEGUNDO. Nuevos derechos y garantías Derecho un medio ambiente sano Derecho a la salud	Artículo 41 Artículo 42
CAPITULO CUARTO. Atribuciones del Congreso	Artículo 75

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY	
SECCION II. DERECHOS, DEBERES Y GARANTIAS CAPÍTULO 1 Derecho a la salud Derecho a una vivienda decorosa Derecho al medio ambiente y al agua Derecho a la seguridad social	Artículo 44 Artículo 45 Artículo 47 Artículo 67

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	
TÍTULO PRIMERO CAPÍTULO I De los derechos humanos y sus garantías	Artículo 1
Derecho a la salud, a un medio ambiente sano, al agua, y a la vivienda digna	Artículo 4 Artículo 25 Artículo 27
TÍTULO SEXTO DEL TRABAJO Y DE LA PREVISIÓN SOCIAL Derecho a la seguridad social	Artículo 123

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE BRASIL	
TÍTULO II - DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES CAPÍTULO II - De los derechos sociales	Artículo 6 Artículo 7
TÍTULO VIII - DEL ORDEN SOCIAL CAPÍTULO I - Disposición general Sección I - Disposiciones Generales	Artículo 193 Artículo 194 Artículo 195
Sección II. De la Salud Derecho a la salud	Artículo 196 Artículo 197 Artículo 198 Artículo 199 Artículo 200
Sección III. De la Previsión Social Derecho a la seguridad social	Artículo 201 Artículo 202
CAPÍTULO VI. DEL MEDIO AMBIENTE Derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado	Artículo 225

Los estándares
internacionales referidos a
los derechos económicos,
sociales, **(DESCA)**
culturales y
ambientales y su desarrollo
a nivel constitucional



OBSERVATORIO
CIUDADANO