

# Acceso a la justicia de niños migrantes para hacer valer los derechos económicos, sociales y culturales

Material de formación sobre el acceso a la justicia de los niños migrantes

Proyecto FAIR, abril de 2018

® Acceso a la justicia de niños migrantes para hacer valer los derechos económicos, sociales y culturales

© Copyright Comisión Internacional de Juristas – Instituciones Europeas

Abril de 2018

The FAIR (Fostering Access to Immigrant children's Rights) project has been implemented by the International Commission of Jurists – European Institutions in 2016-2018 and supported by the Rights, Equality and Citizenship (REC) Programme of the European Union and Open Society Foundations.



### **III. Acceso a la justicia de niños migrantes para hacer valer los derechos económicos, sociales y culturales**

Material de formación sobre el acceso a la justicia de los niños migrantes

Proyecto FAIR

Abril de 2018

#### **Índice**

<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>3</b>
<b>1. Derechos económicos, sociales y culturales (derechos ESC)</b> .....	<b>3</b>
<b>2. Fuentes de los Derechos ESC</b> .....	<b>4</b>
<b>3. Obligación de Respetar, Proteger y Realizar</b> .....	<b>5</b>
<b>4. Obligaciones fundamentales mínimas</b> .....	<b>8</b>
<b>5. Justiciabilidad</b> .....	<b>8</b>
<b>6. Recursos y reparación</b> .....	<b>10</b>
<b>7. El interés superior del niño</b> .....	<b>11</b>
<b>8. No discriminación</b> .....	<b>11</b>
<b>9. Obligaciones extraterritoriales</b> .....	<b>15</b>
<b>II. EL DERECHO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO</b> .....	<b>16</b>
<b>1. Introducción</b> .....	<b>16</b>
<b>2. Derecho al agua</b> .....	<b>17</b>
<b>3. Derecho a una alimentación adecuada</b> .....	<b>19</b>
<b>4. Nivel de vida adecuado v. situación de indigencia: su relación con el derecho a la vida</b> ..	<b>21</b>
<b>5. Derecho a una vivienda adecuada</b> .....	<b>24</b>
5.1 <i>Obligación fundamental mínima: Alojamiento</i> .....	<b>25</b>
5.2 <i>Vivienda adecuada</i> .....	<b>28</b>
5.3 <i>Acceso a la seguridad jurídica de la tenencia, desahucios forzosos</i> .....	<b>29</b>
5.4 <i>No discrimination</i> .....	<b>30</b>
5.5 <i>Recursos</i> .....	<b>32</b>
<b>III. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL</b> .....	<b>33</b>
<b>1. Protección del derecho a la seguridad social a través del derecho a la propiedad</b> .....	<b>34</b>
<b>2. Protección del derecho a la seguridad social a través del derecho a la vida familiar</b> .....	<b>36</b>
<b>3. Hijos de migrantes (indocumentados)</b> .....	<b>37</b>
<b>IV. EL DERECHO AL DISFRUTE DEL MÁS ALTO NIVEL POSIBLE DE SALUD</b> .....	<b>41</b>
<b>El derecho a la salud: no discriminación</b> .....	<b>43</b>
<b>V. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN</b> .....	<b>45</b>
<b>No discriminación y el derecho a la educación</b> .....	<b>48</b>



El presente módulo de formación (que forma parte del material de formación<sup>1</sup> relativo a la protección de los derechos de los niños migrantes) ofrece a los abogados de la UE el marco jurídico internacional aplicable a los derechos ESC. La Guía de la CIJ: adjudicación de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el ámbito nacional ([ICJ's Practitioners Guide: Adjudicating Economic, Social and Cultural Rights at National Level](#)) aporta información más detallada.

## I. INTRODUCCIÓN

Todos los niños<sup>2</sup>, incluidos los niños migrantes, son titulares de derechos y tienen derechos económicos, sociales y culturales (derechos ESC) en virtud del derecho internacional y de la UE.

### 1. Derechos económicos, sociales y culturales (derechos ESC)

Aunque en la actualidad se escucha con menos frecuencia, en ocasiones se ha realizado una distinción entre la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales (derechos ESC), por un lado, y los derechos civiles y políticos, por otro. En virtud de la legislación en vigor sobre derechos humanos, esta perspectiva resulta insostenible. La Carta de las Naciones Unidas de 1945 no diferencia entre estas dos categorías de derechos en sus Artículos 55 y 56. La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948 tampoco realiza distinción alguna. Cuando los derechos aparecen recogidos en tratados internacionales [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por sus siglas en inglés) y Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR, por sus siglas en inglés)] las dos categorías de derechos se han abordado en instrumentos por separado debido a motivos que reflejan la dinámica política de la época. No obstante, ambas categorías de derechos han recibido la misma fuerza normativa como derechos legales sujetos a las obligaciones jurídicas de los Estados de hacer efectivo su cumplimiento. La Declaración de Viena sobre Derechos Humanos, adoptada mediante el consenso de todos los Estados miembros de Naciones Unidas en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, afirmó que "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. **DECLARACIÓN Y PROGRAMA DE ACCIÓN DE VIENA**, párrafo 5 ([Vienna Declaration and Programme of Action on Human Rights](#)).

En efecto, en la actualidad se tiende a eliminar completamente la concepción de los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales como categorías diferentes de derechos. Así lo pone de manifiesto la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

---

<sup>1</sup> Estos materiales de formación sobre el acceso a la justicia de los niños migrantes se han preparado como parte del Proyecto FAIR (*Fostering Access to Immigrant children's Rights*) e incluyen los siguientes módulos de formación:

0. Principios generales y definiciones.

I. Acceso a un proceso equitativo que incluya el derecho a una audiencia justa y a participar en el procedimiento.

II. Acceso a la justicia durante la detención.

III. Acceso a la justicia para hacer valer los derechos económicos, sociales y culturales.

IV. Acceso a la justicia para proteger su derecho al respeto a la vida privada y familiar.

V. Reparación a través de los mecanismos y organismos internacionales de derechos humanos.

VI. Manual práctico para los abogados que actúan en representación de menores.

<sup>2</sup>Por niños se entenderá las personas menores de 18 años (para más información sobre definiciones, véase el Módulo de formación 0. Principios generales y definiciones).

**Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto informativo N.º 33 de diciembre de 2008 de ACNUDH ([‘Fact Sheet Number 33: Frequently asked Questions on Economic, Social and Cultural Rights’](#))**

“Años atrás se solía considerar que los derechos económicos, sociales y culturales eran totalmente diferentes de los derechos civiles y políticos. No obstante, esa categorización es artificial y estéril. (...) cuando se analizan con detenimiento, hay ciertas clasificaciones de derechos, como los "derechos civiles y políticos" o los "derechos económicos, sociales y culturales", que tienen poco sentido. Por esa razón, cada vez es más frecuente referirse a los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.”

Sustancialmente existe una estrecha relación entre las dos categorías de derechos. Partiendo de lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas y en la DUDH, todos los derechos humanos tienen como objetivo proteger a las personas frente a acciones y condiciones contrarias a la dignidad humana.

**Observación General N.º 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes. Doc. de la ONU E/1991/23. CDESC ([General Comment No. 3](#))**

8. (...) A este respecto, el Comité reafirma que los derechos reconocidos en el Pacto pueden hacerse efectivos en el contexto de una amplia variedad de sistemas económicos y políticos, a condición únicamente de que la interdependencia e indivisibilidad de los dos conjuntos de derechos humanos, como se afirma entre otros lugares en el preámbulo del Pacto, se reconozcan y queden reflejados en el sistema de que se trata. El Comité también señala la pertinencia a este respecto de otros derechos humanos, en particular el derecho al desarrollo.

## **2. Fuentes de los Derechos ESC**

El instrumento principal universal que regula los Derechos ESCR es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) (CESCR, por sus siglas en inglés). No obstante, en lo referente a los derechos de los niños, la Convención sobre los Derechos del Niño aborda en mayor detalle tanto los derechos civiles y políticos como los derechos ESC. La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad contienen asimismo importantes obligaciones en materia de derechos ESC.

Las Observaciones Generales del CDESC, organismo encargado de realizar la interpretación acreditada del Pacto, resultan esenciales a la hora de aclarar la naturaleza y el alcance de los Derechos ESCR. Hasta la fecha, el Comité ha emitido 23 Observaciones Generales acerca de la mayoría de los derechos y obligaciones [el Comité de los Derechos del Niño y el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) también han emitido Observaciones Generales y Recomendaciones Generales]. Asimismo, cabe destacar el cuerpo de normas elaboradas por especialistas relativas a los Derechos ESC, en las que se ha tenido en cuenta, y que han servido de guía para, el trabajo del CDESC y otras autoridades internacionales, así como los Procedimientos especiales de Naciones Unidas. Dicho cuerpo incluye los Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1986 ([1986 Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights](#)) (adoptados el 8 de enero de 1987, reproducidos en el Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1987/17); las Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1997 ([1997 Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights](#)) [reproducidas en 20 Human Rights Quarterly

459, 691-704 (1998)]; y los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2011 ([2011 Maastricht principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights](#)) (reproducidos con Comentarios en 34 Human RightsQuarterly 1084).

Los instrumentos regionales sobre derechos humanos también abordan los Derechos ESC. En Europa, la Carta Social Europea ([European Social Charter](#)) o el Convenio Europeo de Derechos Humanos ([European Convention on Human Rights](#)). Para más información sobre otras fuentes clave, véase la Guía para profesionales de la CIJ: adjudicación de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el ámbito nacional [ICJ's Practitioners Guide: Adjudicating Economic, Social and Cultural Rights at National Level](#).

### 3. Obligación de Respetar, Proteger y Realizar

Los derechos ESC establecen sobre los Estados las obligaciones legalmente vinculantes de **respetar, proteger y realizar**. El CDESC ha adoptado y desarrollado esta clasificación de obligaciones a tres niveles sobre los Estados con el fin de garantizar el cumplimiento de los derechos del Pacto.

- (1) La obligación de **respetar** implica el deber de organizar el mecanismo gubernamental y ejercer la autoridad pública de tal forma que no se interfiera en el disfrute de los derechos ESC. En tal sentido, por ejemplo, un desahucio forzoso por el Estado infringiendo el derecho a una vivienda adecuada generalmente constituye una infracción de la obligación de respetar tal derecho.
- (2) La obligación de **proteger** implica tomar todas las medidas oportunas dirigidas a proteger frente al riesgo de interferencia en el disfrute de los derechos ESC por parte de terceros, como actores privados y otros Estados u organizaciones. En tal sentido, el hecho de no impedir debidamente a una empresa llevar a cabo un desahucio forzoso constituiría una infracción de la obligación de proteger.
- (3) La obligación de **realizar** exige a los Estados tomar las medidas adecuadas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otro tipo, dirigidas a hacer efectiva la realización de los derechos ESC. Es posible que esta obligación se deba cumplir a través de la asistencia y cooperación internacionales.

Si bien no todos los métodos aplicables a la consecución del disfrute pleno de un derecho humano y no todas las acciones u omisiones de los Estados se pueden clasificar claramente en dichas categorías debido a que en la mayoría de los procesos se solapan varias de ellas, esta cuestión ha revestido gran importancia a la hora de dar forma al desarrollo de la teoría general del derecho aplicable a los mecanismos de protección regionales e internacionales.<sup>3</sup>

El siguiente caso muestra cómo el Comité Europeo de Derechos Sociales ha valorado el cumplimiento de las obligaciones impuestas sobre los Estados y, en concreto, la trilogía de las obligaciones específicas de respetar (párrafo 52), proteger (párrafo 71) y realizar (párrafo 40).

#### **European Roma Rights Centre c. Portugal ([European Roma Rights Centre v. Portugal](#)), Comité Europeo de Derechos Sociales, Reclamación N.º 61/2010, Decisión de 30 de junio de 2011**

40. Por consiguiente, dadas las continuas condiciones precarias de la vivienda en una gran parte de la comunidad de Roma, combinado con el hecho de que el Gobierno no ha demostrado haber tomado medidas suficientes que garanticen la vida en Roma en condiciones de vivienda que cumplan las normas mínimas, la situación constituye una infracción del Artículo E conjuntamente con el Artículo 31, párrafo 1.

---

<sup>3</sup>CIJ, Guía para profesionales: adjudicación de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el ámbito nacional ([ICJ's Practitioners Guide: Adjudicating Economic, Social and Cultural Rights at National Level](#)), pág. 53.

[...]

52. [E]l Comité [...] establece que no se han tenido suficientemente en cuenta las diferencias específicas de Roma a la hora de implementar programas de vivienda, y que algunos de dichos programas han propiciado el surgimiento de la segregación en dicha ciudad o han estado marcados por la discriminación.

[...]

71. Por consiguiente, el Comité sostiene que la incapacidad o negativa por parte de las autoridades centrales de supervisar o coordinar debidamente la implementación de programas de vivienda a nivel local teniendo en cuenta la situación específica de Roma, por ejemplo, aplicando medidas en los municipios donde los proyectos de viviendas hayan derivado en el aislamiento o la segregación en dicha ciudad, demuestra la inexistencia de un "planteamiento global y coordinado" en esta área, lo cual constituye una infracción del Artículo E conjuntamente con el Artículo 30.

El CDESC de la ONU generalmente establece en sus Observaciones Generales qué elementos son necesarios para los tres niveles de obligaciones. Por ejemplo, en lo referente al derecho a una alimentación adecuada:

**CDESC, Observación General N.º 12, El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). ([General Comment No. 12](#)). Doc. de la ONU E/C.12/1999/5**

15. El derecho a la alimentación adecuada, al igual que cualquier otro derecho humano, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, proteger y realizar. A su vez, la obligación de realizar entraña tanto la obligación de facilitar como la obligación de hacer efectivo 1. La obligación de respetar el acceso existente a una alimentación adecuada requiere que los Estados no adopten medidas de ningún tipo que tengan por resultado impedir ese acceso. La obligación de proteger requiere que el Estado Parte adopte medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a una alimentación adecuada. La obligación de realizar (facilitar) significa que el Estado debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren sus medios de vida, incluida la seguridad alimentaria.

Las obligaciones de respetar y proteger tienen **efecto inmediato**. En el caso del nivel de obligación correspondiente a "realizar", resulta de aplicación el principio de "efectividad progresiva". El Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales exige a los Estados Partes "adoptar medidas" (...) "hasta el máximo de los recursos de que disponga" **para lograr progresivamente** los derechos que protege.

**Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ([International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights](#)), artículo 2**

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

**Efectividad progresiva en el cumplimiento de los Derechos ESC y ausencia de regresión**

**CDESC, Observación General N.º 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes ([General Comment No. 3](#)). Artículo 2, párrafo 1. Doc. de la ONU E/1991/23.**



9. (...) El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. (...) Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.

El Comité de CDESC reconoce, por consiguiente, la posibilidad de que la plena realización de los derechos ESC en todo su alcance requiera cierto tiempo en determinados Estados. Existen, no obstante, determinadas salvedades importantes. En primer lugar, cualquier alto en el avance hacia la protección de los derechos ESC por los Estados Partes resulta contrario a sus obligaciones, por lo que las medidas dirigidas a la plena realización deberán ser concretas y no tener una duración indefinida. En segundo lugar, la regresión (el retroceso en la realización del derecho), en principio, no está permitida. Por último, y esta cuestión resulta fundamental, no todos los derechos del Pacto están sujetos a la noción de efectividad progresiva. El Comité establece que la no discriminación, la "adopción de medidas" y las obligaciones fundamentales mínimas son obligaciones con efecto inmediato.

**CDESC, Observación General N.º 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (General Comment No. 3). Artículo 2, párrafo 1. Doc. de la ONU E/1991/23**

1. (...) En particular, aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De éstas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas, que se analiza en una observación general aparte, que será examinada por el Comité en su sexto período de sesiones, consiste en que los Estados se "comprometen a garantizar" que los derechos pertinentes se ejercerán "sin discriminación (...)"

2. La otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de "adoptar medidas", compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración (...) Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto (...)

10. (...) El Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser (...)

#### 4. Obligaciones fundamentales mínimas

A la hora de evaluar los derechos ESC de los niños migrantes, es importante centrarse en las obligaciones fundamentales mínimas, incluidos lo "niveles esenciales mínimos" de los derechos. Se trata de las obligaciones que los Estados Partes deben cumplir en virtud del Pacto, con independencia del grado de implementación de los derechos del Pacto. La idea subyacente es que los Estados deberán dar prioridad a dichas obligaciones fundamentales a la hora de asignar recursos, y la falta de recursos no podrá constituir una excusa para incumplirlas.

#### **CDESC, Observación General N.º 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes ([General Comment No. 3](#)). Artículo 2, párrafo 1. Doc. de la ONU E/1991/23**

10. (...) Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos de que disponga". Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.

Cada uno de los derechos protegidos en el Pacto cuenta con elementos que se deben considerar de cumplimiento mínimo. La realización plena del derecho sería entonces mucho más elaborada.

#### 5. Justiciabilidad

Los defensores de los derechos humanos se enfrentan a menudo a dificultades al tratar de garantizar la protección legal de los derechos ESC a favor de sus clientes. Esto se debe al hecho de que en muchas jurisdicciones nacionales e internacionales los derechos ESC no se consideran adecuados para su aplicación directa por los tribunales en los mismos términos que los derechos civiles y políticos. Tal situación se puede deber a varios factores, incluida la negativa de los tribunales a proteger los derechos ESC ante su reticencia a infringir las prerrogativas gubernamentales sobre cómo asignar recursos limitados. Asimismo, a menudo existe desconocimiento sobre la naturaleza del paradigma de los derechos como medio para garantizar la cobertura de las necesidades sociales y económicas. En sus iteraciones en tratados internacionales, al igual que en el caso del CDESC, las obligaciones relativas a los derechos se formulan en términos generales que, a su vez, pueden crear dificultades al ser aplicadas (directamente) por los tribunales. Esta cuestión ha suscitado problemas en términos de justiciabilidad y ha dado lugar a que los tribunales hayan concedido una discrecionalidad considerable a los funcionarios del Estado a la hora de aplicar e interpretar tales obligaciones (garantizadas en el ámbito internacional). No obstante, el entendimiento anteriormente generalizado de que los derechos ESC son inherentemente inadecuados en términos de justiciabilidad, ha quedado hoy en día ampliamente disipado. [Véase la Guía para profesionales de la CIJ: adjudicación de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el ámbito nacional ([ICJ's Practitioners Guide: Adjudicating Economic, Social and Cultural Rights at National Level](#))].

La controversia en torno a la justiciabilidad puede tener como consecuencia una limitación del acceso a la justicia. Los tribunales pueden concluir que carecen de competencias para conocer asuntos en materia de derechos ESC. Alternativamente, los tribunales pueden decidir, tras escuchar los argumentos, que los derechos no dan lugar a la elaboración de reclamaciones individuales, sino que más bien constituyen obligaciones generalizadas del Estado. Si bien la redacción de las obligaciones ha podido haber generado diferencias en su justiciabilidad, no debería afectar a la evaluación sustantiva de los derechos correspondientes.

En lo referente a derechos civiles y políticos, el alcance y el contenido preciso de las obligaciones en torno a los derechos ESC no se puede determinar por la redacción de los tratados. Existe, no obstante, una gran cantidad de herramientas interpretativas disponibles en la forma de

Observaciones Generales de los órganos de los tratados, jurisprudencia dictada por los tribunales y por autoridades cuasi judiciales, pautas elaboradas por expertos, como los Principios de Limburgo y Maastricht, y otros comentarios procedentes de fuentes acreditadas. A menudo dichas fuentes son el órgano de supervisión del tratado o un tribunal (internacional) al que se ha asignado su interpretación. Con frecuencia ocurre que las decisiones de los órganos de supervisión del tratado reflejan el entendimiento común del alcance de los derechos entre las autoridades nacionales y otras partes interesadas. Aunque en la mayoría de los casos dichas fuentes no vinculan legalmente de forma directa a los Estados, los tribunales podrán utilizarlas y las utilizarán a la hora de interpretar de forma acreditada lo que efectivamente resulte vinculante, a saber, las propias disposiciones del tratado.

**CDESC, Observación General N.º 9: La aplicación interna del Pacto ([General Comment No. 9](#)). Doc. de la ONU E/C.12/1998/24**

3. Las cuestiones relacionadas con la aplicación interna del Pacto deben considerarse teniendo en cuenta dos principios del derecho internacional: el primero, reflejado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es que "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". En otras palabras, los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean Parte. (...)

15. Generalmente se acepta que la legislación interna debe ser interpretada en la medida de lo posible de forma que se respeten las obligaciones jurídicas internacionales del Estado. (...)

Determinados aspectos de los derechos ESC se deben considerar, debido a su propia naturaleza, justiciables, como las obligaciones sobre respeto y protección, la no discriminación, las obligaciones mínimas y la ausencia de regresión, entre otras.

**CDESC, Observación general N.º 9: La aplicación interna del Pacto ([General Comment No.9](#)). Doc. de la ONU E/C.12/1998/24**

10. En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. Así, en la Observación general N.º 3 (1990) se citaban, a título de ejemplo, los siguientes artículos del Pacto: el artículo 3, el inciso i) del apartado a) del artículo 7, el artículo 8, el párrafo 3 del artículo 10, el apartado a) del párrafo 2 y del artículo 13, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 y el párrafo 3 del artículo 15. A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. (...) La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.

11. El Pacto no niega la posibilidad de que puedan considerarse de aplicación inmediata los derechos que contiene en sistemas en que se prevé tal opción. Es más, en el momento de

su redacción se rechazaron con firmeza los intentos de incluir en el Pacto una disposición específica en el sentido de que no tenía aplicación inmediata. En la mayoría de los Estados, la determinación de que la disposición de un tratado es, o no es, de aplicación inmediata corresponde a los tribunales, no al poder ejecutivo ni al legislativo. (...) Es especialmente importante evitar cualquier suposición *a priori* de que las normas no deben considerarse de aplicación inmediata. De hecho, muchas de ellas están redactadas en unos términos que son, por lo menos, tan claros y concretos como los de otros tratados sobre derechos humanos, cuyas disposiciones consideran generalmente los tribunales de aplicación inmediata.

## 6. Recursos y reparación

El derecho a un recurso efectivo en caso de violaciones de cualesquiera derechos humanos constituye un principio general del derecho internacional, reconocido por todos los Estados, tal y como se refleja en la resolución aprobada de forma unánime por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2005 Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones ([\*Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law\*](#)). El Principio 3, aplicable no solo a las violaciones graves, sino a todas las violaciones incluidas las de los derechos económicos, sociales y culturales, pone de manifiesto que "La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos (...) incluye (...) el deber de (...) dar a quienes afirman ser víctimas de una violación (...) un acceso equitativo y efectivo a la justicia (...) y proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación (...)." Tanto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como el Comité de los Derechos del Niño, en sus observaciones generales, afirman que en caso de violación de los derechos ESC, la víctima deberá tener a su disposición un recurso efectivo, incluido, en muchos casos, un recurso judicial, y deberá poder obtener la reparación de cualquier violación.

Para los Estados firmantes del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de derechos ESC, que concede acceso individual a un procedimiento internacional de denuncia, algunos de estos requisitos se abordan en mayor detalle. Del mismo modo, el tercer protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño aborda recursos aplicables a los derechos ESC de los niños.

### **CDESC, Observación General N.º 3 ([General Comment No. 3](#)), La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art. 2 del Pacto) Doc de la ONU. E/1991/23**

5. Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo referente a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. [...] Además, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales incluye diversas otras disposiciones, entre ellas las de los artículos 3, 7 (inciso i) del apartado a)), 8, 10 (párr. 3), 13 (apartado a) del párrafo 2 y párrafos 3 y 4) y 15 (párr. 3), que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas jurídicos nacionales. Parecería difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no autoejecutables.

Y:

### **CRC, Observación General N.º 5 ([General Comment No. 5](#)). Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44). Doc. de la ONU CRC/GC/2003/5**

24. Para que los derechos cobren sentido, se debe disponer de recursos efectivos para reparar sus violaciones. Esta exigencia está implícita en la Convención, y se hace referencia a ella sistemáticamente en los otros seis principales instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos. La situación especial y dependiente de los niños les crea dificultades reales cuando los niños quieren interponer recursos por la violación de sus derechos. Por consiguiente, los Estados deben tratar particularmente de lograr que los niños y sus representantes puedan recurrir a procedimientos eficaces que tengan en cuenta las circunstancias de los niños. Ello debería incluir el suministro de información adaptada a las necesidades del niño, el asesoramiento, la promoción, incluido el apoyo a la autopromoción, y el acceso a procedimientos independientes de denuncia y a los tribunales con la asistencia letrada y de otra índole necesaria. Cuando se comprueba que se han violado los derechos, debería existir una reparación apropiada, incluyendo una indemnización, y, cuando sea necesario, la adopción de medidas para promover la recuperación física y psicológica, la rehabilitación y la reintegración, según lo dispuesto en el artículo 39.

25. Como se ha señalado en el párrafo 6 *supra*, el Comité subraya que los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos civiles y políticos, deben poder invocarse ante los tribunales. Es esencial que en la legislación nacional se establezcan derechos lo suficientemente concretos como para que los recursos por su infracción sean efectivos.

Los recursos disponibles no siempre tienen que ser recursos judiciales para que resulten efectivos. No obstante, como mínimo se debería poder recurrir en todo momento a un organismo judicial para analizar la idoneidad y la legalidad de cualquier recurso extrajudicial. Por otra parte, existen determinadas obligaciones y violaciones con respecto a las cuales se considera indispensable la existencia de un órgano decisorio independiente.

#### **CDESC, Proyecto de Observación General N.º 9 ([General Comment No. 9](#)). La aplicación interna del Pacto. Doc. de la ONU E/C.12/1998/24**

9. El derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse necesariamente en el sentido de que exige siempre un recurso judicial. Los recursos administrativos en muchos casos son adecuados, y quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado Parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto. Esos recursos administrativos deben ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces. También es conveniente muchas veces establecer un derecho último de apelación judicial con respecto a los procedimientos administrativos de este tipo. Por el mismo motivo, hay algunas obligaciones, como las referentes a la no discriminación (aunque sin limitarse en modo alguno a ellas), respecto de las cuales parecería indispensable el establecimiento de algún tipo de recurso judicial para que pudieran considerarse cumplidas las prescripciones del Pacto. En otras palabras, cuando un derecho reconocido en el Pacto no se puede ejercer plenamente sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales.

### **7. El interés superior del niño**

En lo que respecta a los derechos ESC de los niños, la Convención sobre los Derechos del Niño y su artículo 3, que establece el principio sobre el interés superior del niño, constituirá una fuente principal. (*Para más información sobre el principio del interés superior del niño, véase el módulo de formación de FAIR 0. Principios generales y definiciones: sección 3.1*)

### **8. No discriminación**

La no discriminación es un principio general del derecho establecido por toda la legislación en materia de derechos humanos.

Cualquier situación en la que los niños se puedan considerar vulnerables debido únicamente a su edad o desarrollo será aún más grave si se trata de niños migrantes. Gran cantidad de niños migrantes se enfrentan a situaciones de discriminación por su condición de refugiados, solicitantes de asilo, su situación irregular y su nacionalidad, y también por la de sus padres o cuidadores principales. Esta discriminación puede resultar en explotación y dificultades para acceder a los derechos ESC.

Dicho principio también resulta aplicable a la discriminación por motivos de raza, color, género, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, religión, idioma, opinión política o de otra índole, procedencia nacional, social o étnica, situación económica, nacimiento u otra condición. En muchas ocasiones que afectan a los migrantes, pueden existir múltiples motivos de discriminación que no hacen sino agravar las violaciones de este derecho. *(Para más información sobre el principio de No discriminación, véase el módulo de formación de FAIR 0. Principios generales y definiciones: sección 3.3).*

El principio de no discriminación resulta de aplicación a los no nacionales y el disfrute de los derechos ESC se deberá proteger de la misma manera, sin ningún tipo de discriminación. No obstante, existen tratados que aplican una cláusula de exclusión sobre los extranjeros que residan ilegalmente en un país. Un ejemplo de dicha exclusión se puede encontrar en la Carta Social Europea.

#### **Anexo a la Carta Social Europea (revisada) ([European Social Charter \(Revised\) - Annex](#))**

Alcance de la Carta Social Europea Revisada en lo referente a personas protegidas

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 4, y en el artículo 13, párrafo 4, las personas a que se refieren los artículos 1 a 17 y 20 a 31 sólo comprenden a los extranjeros que, siendo nacionales de otras Partes, residan legalmente o trabajen habitualmente dentro del territorio de la Parte interesada (...)

La exclusión, si bien refleja la intención de los redactores del tratado, no es tan absoluta como puede parecer. En varios casos, el organismo supervisor ha ampliado el alcance de la Carta con el fin de proteger a los no nacionales ante situaciones que resultarían contrarias a la dignidad humana.

#### **Conferencia de Iglesias Europeas c. los Países Bajos ([CEC v. The Netherlands](#)), Comité Europeo de Derechos Sociales, Reclamación N.º 90/2013, Decisión de 1 de julio de 2014**

65. El Comité recuerda que de conformidad con el apartado 1 del Apéndice, las personas amparadas en los Artículos 1 a 17 y 20 a 31 de la Carta incluyen a los extranjeros solo en la medida en que sean nacionales de otras Partes y residan lícitamente o trabajen de forma regular en el territorio de la Parte correspondiente.

66. Cuando la dignidad humana esté en juego, la restricción del alcance personal no se deberá interpretar en el sentido de que prive a los migrantes en situación irregular de la protección de sus derechos más básicos recogidos en la Carta, ni suponga un perjuicio sobre sus derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, la integridad física o la dignidad humana [Defensa de los Niños - Movimiento Internacional (DEI) c. Bélgica. Reclamación N.º 69/2011, decisión sobre el fondo, de 23 de octubre de 2012, párr. 28].

La prohibición de discriminación propiamente dicha está incluida en todos los tratados de derechos humanos de ámbito internacional y regional, con independencia de si consagran derechos civiles y políticos o derechos ESC.

**CDESC, Observación General N.º 20 ([General Comment No. 20](#)), La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Doc. de la ONU E/C.12/GC/20**

7. La no discriminación es una obligación inmediata y de alcance general en el Pacto. El artículo 2.2 dispone que los Estados Partes garantizarán el ejercicio de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto, sin discriminación alguna, y solo puede aplicarse en conjunción con esos derechos (...)

26. La discriminación por motivos de nacimiento está prohibida y el artículo 10.3 del Pacto dispone expresamente, por ejemplo, que se deben adoptar medidas especiales en favor de todos los niños y adolescentes, "sin discriminación alguna por razón de filiación". Por tanto, no deberá darse un trato distinto a quienes nazcan fuera de matrimonio, tengan padres apátridas o sean adoptados, ni tampoco a sus familias (...)

30. No se debe impedir el acceso a los derechos amparados en el Pacto por razones de nacionalidad, por ejemplo, todos los niños de un Estado, incluidos los indocumentados, tienen derecho a recibir una educación y una alimentación adecuada y una atención sanitaria asequible. Los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean [...]

Adicionalmente a la discriminación formal, susceptible de combatirse mediante la modificación de leyes y políticas, el Comité establece directrices para actuar contra la discriminación sustantiva aplicando medidas proactivas dirigidas a combatirla.

**CDESC, Observación General N.º 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) ([General Comment No. 20](#)), Doc. de la ONU E/C.12/GC/20**

8. Para que los Estados partes puedan "garantizar" el ejercicio sin discriminación de los derechos recogidos en el Pacto, hay que erradicar la discriminación tanto en la forma como en el fondo:

(...)

(b) **Discriminación sustantiva.** Abordando únicamente la forma no se conseguiría la igualdad sustantiva prevista y definida en el artículo 2.2. En el disfrute efectivo de los derechos recogidos en el Pacto influye con frecuencia el hecho de que una persona pertenezca a un grupo caracterizado por alguno de los motivos prohibidos de discriminación. Para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares. Los Estados Partes deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o *de facto*. Por ejemplo, asegurar que todas las personas tengan igual acceso a una vivienda adecuada y a agua y saneamiento ayudará a superar la discriminación de que son objeto las mujeres, las niñas y las personas que viven en asentamientos informales y zonas rurales.

9. Para erradicar la discriminación sustantiva en ocasiones los Estados Partes pueden verse obligados a adoptar medidas especiales de carácter temporal que establezcan diferencias explícitas basadas en los motivos prohibidos de discriminación. Esas medidas serán legítimas siempre que supongan una forma razonable, objetiva y proporcionada de combatir la discriminación *de facto* y se dejen de emplear una vez conseguida una igualdad sustantiva

sostenible. Aun así, algunas medidas positivas quizás deban tener carácter permanente, por ejemplo, la prestación de servicios de interpretación a los miembros de minorías lingüísticas y a las personas con deficiencias sensoriales en los centros de atención sanitaria.

En relación con el derecho (ESC) a la seguridad social, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha establecido que, debido a las implicaciones socioeconómicas, los Estados disponen de un amplio margen de apreciación a la hora de elegir un sistema. Cabe destacar, no obstante, que, según el CDESC, el concepto "margen de apreciación" no es válido y, de hecho, ha sido rechazado por el Comité y por los Estados en su elaboración del Protocolo Facultativo. A la hora de aplicar el sistema, el Estado deberá actuar de un modo no discriminatorio.

**Stec y otros c. Reino Unido (*Stec and others v. The United Kingdom*), TEDH, Demandas N.º 65731/01 y 65900/01, Sentencia de 12 de abril 2006**

51. El artículo 14 no prohíbe que un Estado Miembro confiera un trato diferente a los grupos con el fin de corregir "desigualdades de hecho" entre ellos. Ciertamente, en determinadas circunstancias, no tratar de corregir una desigualdad confiriendo un trato diferente puede por sí mismo constituir un incumplimiento del Artículo [...] Un trato diferente resulta, no obstante, discriminatorio si carece de una finalidad y una justificación razonable, es decir, si no persigue una finalidad legítima o no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el propósito buscado. El Estado Contratante dispone de un margen de apreciación a la hora de evaluar si y en qué medida las diferencias en situaciones de otro modo similares justifican un trato diferente [...]

52. El alcance de este margen variará en función de las circunstancias, el objeto y el contexto [...] Como norma general, se deberán alegar motivos de gran peso para que el Tribunal pueda considerar que una diferencia en el trato exclusivamente por razón de sexo resulte compatible con lo establecido en el Convenio [...]. Por otra parte, en términos generales el Convenio permite un margen amplio al Estado cuando se trata de medidas generales de estrategia económica o social [...] Debido a su conocimiento directo de la sociedad y sus necesidades, las autoridades nacionales se encuentran, en principio, en mejor situación que el juez internacional para apreciar qué medidas sociales o económicas son de interés público. El tribunal generalmente respetará la elección de la política del legislativo salvo que "carezca manifiestamente de fundamento" (ibid).

53. Por último, dado que los demandantes se quejan de desigualdades en un sistema de bienestar, el Tribunal subraya que el Artículo 1 del Protocolo N.º 1 no incluye el derecho a adquirir propiedades. No establece restricción alguna sobre la libertad de los Estados Contratantes a decidir si disponer o no de cualquier forma de sistema de seguridad social, ni a decidir el tipo o el importe de las prestaciones que se deban prestar conforme a dicho sistema. No obstante, si un Estado decide crear un sistema de prestaciones o pensiones, deberá hacerlo de tal forma que resulte compatible con el Artículo 14 del Convenio. [...]

**Oulajin y Kaiss c. los Países Bajos (*Oulajin and Kaiss v. The Netherlands*). Comité de Derechos Humanos. Comunicación N.º 406/1990 y 426/1990 del 23 de octubre 1992. Doc. de la ONU CCPR/C/46/D/406/1990 y 426/1990 (1992)**

7.3 Es jurisprudencia constante del Comité que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no obliga a los Estados Partes a adoptar ninguna legislación sobre seguridad social, pero que si lo hacen la legislación que promulguen y su aplicación deben ser conformes con el artículo 26 del Pacto. El principio de la no discriminación y la igualdad ante la ley significan que toda distinción que se establezca con respecto al disfrute de las prestaciones de la seguridad social deberá basarse en criterios razonables y objetivos (...)

Adicionalmente a la discriminación directa, es decir, la discriminación basada en la condición o característica del niño, los niños migrantes también pueden ser objeto de discriminación por la condición de sus progenitores. Este tipo de discriminación indirecta se puede deber, por ejemplo, a la



falta de condición de residentes de sus padres. El Comité de Derechos Humanos de la ONU consideró discriminatorio que un niño no percibiera prestaciones por orfandad debido al estado civil de los padres:

**Derksen y Bakker c. los Países Bajos (*Derksen and Bakker v. The Netherlands*).  
Comité de Derechos Humanos, Comunicación N.º 976/2001. Doc. de la ONU  
CCPR/C/80/D/976/2001 (2004)**

9.3 La otra cosa que se le plantea es si la denegación de prestaciones a la hija de la autora constituye una discriminación prohibida por el artículo 26 del Pacto. El Estado Parte ha explicado que no es la condición del hijo la que determina la concesión de prestaciones, sino la del progenitor superviviente, y que las prestaciones no se conceden a aquél, sino a éste. No obstante, la autora ha argumentado que, incluso si la distinción entre parejas casadas o no constituye discriminación debido a que se aplican distintos regímenes de ley que la decisión de casarse compete por entero a la pareja, la decisión de no contraer matrimonio no puede afectar a las obligaciones de los padres para con el hijo y que éste no influye en la decisión de los padres. El Comité recuerda que en el artículo 26 se prohíbe la discriminación directa e indirecta, y que la indirecta se refiere a una regla o medida que aparentemente puede ser neutra sin intención discriminatoria, pero que, con todo, da lugar a discriminación por su efecto adverso exclusivo o desmedido para una categoría de personas. Ahora, una distinción sólo constituye una discriminación prohibida en el artículo 26 del Pacto si no se debe a criterios objetivos y razonables. En las circunstancias del presente caso, el Comité observa que en virtud de la AWW las prestaciones de los hijos dependían de la condición de los padres, de manera tal que si los padres no estaban casados los hijos no tenían derecho a prestaciones. No obstante, con arreglo a la ANW se deniegan a los hijos de personas que no estaban casadas antes del 1º de julio de 1996 mientras que se conceden a aquéllos en la misma situación nacidos después de esta fecha. El Comité estima que no es razonable hacer una distinción entre hijos nacidos, por un lado, de un matrimonio o después del 1º de julio de 1996 fuera del matrimonio y, por otro, fuera del matrimonio antes del 1º de julio de 1996. Al llegar a esta conclusión, el Comité hace hincapié en que las autoridades conocían muy bien el efecto discriminatorio de la AWW cuando decidieron aprobar la nueva ley para corregir la situación y que fácilmente hubieran podido atajar la discriminación de los hijos nacidos fuera del matrimonio antes del 1º de julio de 1996 al permitir aplicarla a ellos también.

Del mismo modo, el TEDH concluyó que un trato desfavorable a los padres por la discapacidad del hijo constituía una forma prohibida de discriminación:

**Guberina c. Croacia (*Guberina v. Croatia*), TEDH, Demanda N.º 23682/13,  
Sentencia de 22 de marzo de 2016**

77. El caso que nos ocupa se refiere a una situación en la que el demandante no alegó un trato discriminatorio relativo a su propia discapacidad, sino un supuesto trato desfavorable por la discapacidad de su hijo, con quien vivía y a quien atendía. Dicho de otro modo, en este caso, la cuestión que surge es en qué medida el demandante, que por sí mismo no pertenece a un grupo vulnerable, sufre no obstante un trato menos favorable por motivos relacionados con la discapacidad de su hijo (compárense los párrafos 41-42 anteriores) [...]

79. El Tribunal considera, por consiguiente, que el supuesto trato discriminatorio recibido por el demandante debido a la discapacidad de su hijo, con el que mantiene un estrecho vínculo personal y a quien atiende, constituye una forma de discriminación basada en una discapacidad, amparada en el Artículo 14 del Convenio [...]

## **9. Obligaciones extraterritoriales**

El derecho en materia de derechos humanos reconoce que las obligaciones inherentes a este tipo de derechos resultan aplicables tanto extraterritorialmente como en el territorio del Estado responsable, si bien el alcance de las obligaciones extraterritoriales (ETOs, por sus siglas en inglés) puede ser inferior al de las obligaciones relativas a los derechos de las personas dentro del territorio de un Estado. Las ETOs han sido reconocidas por el Tribunal Internacional de Justicia, los tribunales de derechos humanos y los organismos de los Tratados de la ONU, y han sido desarrolladas en los Principios de Maastricht (véase más arriba), según se explica en el comentario.

Existen dos tipos de obligaciones extraterritoriales en relación con los Derechos ESC. En primer lugar, existe la obligación de los Estados de garantizar el respeto y la protección de dichos derechos cuando su comportamiento ejerza un efecto real y previsible sobre los derechos humanos más allá de sus fronteras. En segundo lugar, existe la obligación de tomar medidas para cumplir con tales derechos a través de la asistencia y la cooperación internacional, conforme a lo establecido por el CDESC. Esta segunda obligación no solo hace referencia a la asistencia, sino que también significa que, en el caso de acuerdos bilaterales y multilaterales, como en el ámbito del comercio internacional, las inversiones, las finanzas, el medio ambiente y la inmigración, entre otros conceptos, los Estados deben actuar de manera conjunta a fin de realizar tales derechos. A través de esta obligación se reconoce que la realización efectiva de los derechos ESC en determinados aspectos no es posible si interviene un único Estado.

## II. EL DERECHO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO

### 1. Introducción

El derecho a un nivel de vida adecuado, descrito en el Artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, está formado por diferentes derechos, incluidos el derecho al agua, al vestido, a la alimentación y a la vivienda. Los derechos específicos enumerados en dicho artículo no son exhaustivos y el alcance de lo que se puede considerar un nivel adecuado puede cambiar según las circunstancias a lo largo del tiempo.

#### **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ([International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights](#)), artículo 11**

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. (...)

Estos derechos guardan una clara relación con lo que el CDESC denomina obligaciones fundamentales mínimas. Los elementos principales de estos derechos son tan básicos que resultarían en una violación *prima facie* si no se cumplieran, incluido en lo referente a los niños migrantes. Cada elemento del derecho a un nivel adecuado de vida está íntimamente relacionado con la noción básica de dignidad humana sobre la que se sustentan los derechos humanos. También hace referencia a otros derechos humanos, como el derecho a una vida privada y familiar, la prohibición de cualquier trato inhumano y degradante y, potencialmente, el derecho a la vida.

#### **CDESC, Observación General N.º 12 ([General Comment No. 12](#)), El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). Doc. de la ONU E/C.12/1999/5**

4. El Comité afirma que el derecho a una alimentación adecuada está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente de la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos. (...)

**CDESC, Observación General N.º 15 ([General Comment No. 15](#)), El derecho al agua (artículos 11 y 12). Doc. de la ONU C.12/2002/11**

1. El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos.

## **2. Derecho al agua**

El derecho al agua está relacionado con el derecho al más alto nivel posible de salud, así como al derecho a un nivel de vida adecuado. Adicionalmente a la necesidad física del agua para la supervivencia del cuerpo humano, su uso se destina a fines muy diferentes.

**CDESC, Observación General N.º 15 ([General Comment No. 15](#)), El derecho al agua (artículos 11 y 12). Doc. de la ONU C.12/2002/11**

6. El agua es necesaria para diversas finalidades, aparte de los usos personales y domésticos, y para el ejercicio de muchos de los derechos reconocidos en el Pacto. Por ejemplo, el agua es necesaria para producir alimentos (el derecho a una alimentación adecuada) y para asegurar la higiene ambiental (el derecho a la salud). El agua es fundamental para procurarse un medio de subsistencia (el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (el derecho a participar en la vida cultural). Sin embargo, en la asignación del agua debe concederse prioridad al derecho de utilizarla para fines personales y domésticos. También debería darse prioridad a los recursos hídricos necesarios para evitar el hambre y las enfermedades, así como para cumplir las obligaciones fundamentales que entraña cada uno de los derechos del Pacto.

Las obligaciones fundamentales del derecho al agua son considerablemente amplias, lo que a su vez pone de manifiesto la importancia de este derecho para la supervivencia del hombre.

**CDESC, Observación General N.º 15 ([General Comment No. 15](#)), El derecho al agua (artículos 11 y 12). ONU C.12/2002/11**

37. En la Observación general N.º 3 (1990), el Comité confirma que los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto. A juicio del Comité, pueden identificarse al menos algunas obligaciones básicas en relación con el derecho al agua, que tienen efecto inmediato:

- (a) Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua, que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir las enfermedades;
- (b) Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial en lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;
- (c) Garantizar el acceso físico a las instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tengan un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar; (...)
- (e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles; (...)
- (h) Adoptar programas de agua orientados a fines concretos y de relativo bajo costo para proteger a los grupos vulnerables y marginados;

Debido a la importancia que reviste el agua para la supervivencia y otros aspectos de la vida humana, el Comité ha hecho hincapié en que el agua deberá estar disponible, accesible y ser de suficiente calidad. Es decir, las instalaciones de agua deberán ser adecuadas a cada uso diferente que se le confiera.

**CDESC, Observación General N.º 15 (General Comment No. 15), El derecho al agua (artículos 11 y 12). Doc. de la ONU C.12/2002/11**

12. 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:* 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; y

(iv) *Acceso a la información:* La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.

El agua deberá estar a disposición de todas las personas sin ningún tipo de discriminación. El Comité subraya que el derecho al agua puede resultar más difícil de disfrutar por determinados grupos vulnerables, como las mujeres, los niños y los migrantes. Los Estados deberán abordar esta cuestión.

**CDESC, Observación General N.º 15 (General Comment No. 15), El derecho al agua (artículos 11 y 12). Doc. de la ONU C.12/2002/11.**

13. La obligación de los Estados Partes de garantizar el ejercicio del derecho al agua sin discriminación alguna (párr. 2, art. 2) y en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres (art. 3) se aplica a todas las obligaciones previstas en el Pacto. (...) El Comité recuerda el párrafo 12 de la Observación general N.º 3 (1990) en la que se señala que, incluso en tiempos de grave escasez de recursos, es preciso proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas específicos a un costo relativamente bajo.

14. Los Estados Partes deberán adoptar medidas para eliminar la discriminación *de facto* basada en motivos sobre los que pesen prohibiciones en los casos en que se prive a personas y grupos de personas de los medios o derechos necesarios para ejercer el derecho al agua.

15. Por lo que se refiere al derecho al agua, los Estados Partes tienen la obligación especial de facilitar agua y garantizar el suministro necesario de agua a quienes no disponen de medios suficientes, así como de impedir toda discriminación basada en motivos sobre los que internacionalmente pesen prohibiciones en lo referente al suministro de agua y a los servicios de abastecimiento de agua.

16. 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:

(a) No se excluya a las mujeres de los procesos de adopción de decisiones sobre los recursos y los derechos en materia de agua. Es preciso aliviar la carga desproporcionada que recae sobre las mujeres en la obtención de agua.

(b) No se impida a los niños ejercer sus derechos humanos por falta de agua potable en las instituciones de enseñanza y los hogares o a causa de la carga que supone la obtención de agua. Es preciso abordar con carácter urgente la cuestión del suministro de agua potable a las instituciones de enseñanza que actualmente carecen de ella. (...)

(f) Los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos y los repatriados tengan acceso al agua potable tanto si permanecen en campamentos o en las zonas urbanas y rurales. Es preciso otorgar a los refugiados y los solicitantes de asilo el derecho al agua en las mismas condiciones que a los nacionales. (...)

El Comité establece que cuando se producen violaciones del derecho al agua, siempre deberá existir un recurso disponible. Es más, el Comité estipula que todas las personas deberán disponer en todo momento de una cantidad esencial de agua. De ahí que la necesidad de un recurso en lo referente al derecho al agua se centre en lo que dicho derecho conlleva: la supervivencia.

### **CDESC, Observación General N.º 15 ([General Comment No. 15](#)), El derecho al agua (artículos 11 y 12). Doc. de la ONU C.12/2002/11**

55. Toda persona o grupo que haya sido víctima de una violación del derecho al agua deberá contar con recursos judiciales o de otro tipo efectivos tanto en el plano nacional como en el internacional (...) Todas las víctimas de las violaciones del derecho al agua deberán tener derecho a una reparación adecuada, que podrá consistir en restitución, indemnización, satisfacción o garantías de que no se repetirán los hechos (...)

56. Antes de que un Estado Parte o un tercero haga algo que interfiera con el derecho al agua de una persona, las autoridades pertinentes deberán velar por que tales medidas se lleven a cabo de un modo previsto por la legislación que sea compatible con el Pacto, y eso incluye: a) la oportunidad de una auténtica consulta con los afectados; b) el suministro a tiempo de información completa sobre las medidas proyectadas; c) la notificación con antelación razonable de las medidas proyectadas; d) la disponibilidad de vías de recurso y reparación para los afectados; y e) asistencia jurídica para obtener una reparación legal (véanse también las Observaciones generales N.º 4 (1991) y N.º 7 (1997)). Cuando tales medidas se emprendan porque una persona adeuda el pago de agua, deberá tenerse en cuenta su capacidad de pago. En ninguna circunstancia deberá privarse a una persona del mínimo indispensable de agua.

### **3. Derecho a una alimentación adecuada**

El CDESC ha identificado la obligación fundamental mínima relativa al derecho a una alimentación adecuada dentro del derecho a un nivel de vida adecuado:

**CDESC, Observación General N.º 12 ([General Comment No. 12](#)), El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). Doc. de la ONU E/C.12/1999/5**

17. El Pacto se viola cuando un Estado no garantiza la satisfacción de, al menos, el nivel mínimo esencial necesario para estar protegido contra el hambre. Al determinar qué medidas u omisiones constituyen una violación del derecho a la alimentación, es importante distinguir entre la falta de capacidad y la falta de voluntad de un Estado para cumplir sus obligaciones (...)

21. (...) Cada Estado tendrá un margen de elección para decidir sus propios enfoques, pero el Pacto especifica claramente que cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para garantizar que todas las personas queden libres del hambre y que puedan disfrutar lo más pronto posible del derecho a una alimentación adecuada (...)

Los alimentos deben estar disponibles y resultar accesibles para los titulares de este derecho. Lo que significa que los alimentos deben estar disponibles en cantidad suficiente, y deben ser asequibles y accesibles físicamente.

**CDESC, Observación General N.º 12 ([General Comment No. 12](#)), El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). Doc. de la ONU E/C.12/1999/5**

8. El Comité considera que el contenido básico del derecho a la alimentación adecuada comprende lo siguiente:

La **disponibilidad** de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada;

La **accesibilidad** de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos.

[...]

12. Por disponibilidad se entienden las posibilidades que tiene el individuo de alimentarse ya sea directamente, explotando la tierra productiva u otras fuentes naturales de alimentos, o mediante sistemas de distribución, elaboración y de comercialización que funcionen adecuadamente y que puedan trasladar los alimentos desde el lugar de producción a donde sea necesario según la demanda.

13. La accesibilidad comprende la accesibilidad económica y física:

La accesibilidad económica implica que los costos financieros personales o familiares asociados con la adquisición de los alimentos necesarios para un régimen de alimentación adecuado deben estar a un nivel tal que no se vean amenazados o en peligro la provisión y la satisfacción de otras necesidades básicas (...) Los grupos socialmente vulnerables como las personas sin tierra y otros segmentos particularmente empobrecidos de la población pueden requerir la atención de programas especiales.

La accesibilidad física implica que la alimentación adecuada debe ser accesible a todos, incluidos los individuos físicamente vulnerables, tales como los lactantes y los niños pequeños, las personas de edad, los discapacitados físicos, los moribundos y las personas con problemas médicos persistentes, tales como los enfermos mentales. Será necesario prestar especial atención y, a veces, conceder prioridad con respecto a la accesibilidad de los alimentos a las personas que viven en zonas propensas a los desastres y a otros grupos particularmente desfavorecidos (...)

Los alimentos disponibles deben cumplir determinados estándares de seguridad alimentaria. También existe un elemento de identidad cultural inherente al derecho a la alimentación:

**CDESC, Observación General N.º 12 ([General Comment No. 12](#)), El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). Doc. de la ONU E/C.12/1999/5**

9. Por necesidades alimentarias se entiende que el régimen de alimentación en conjunto aporta una combinación de productos nutritivos para el crecimiento físico y mental, el desarrollo y el mantenimiento, y la actividad física que sea suficiente para satisfacer las necesidades fisiológicas humanas en todas las etapas del ciclo vital, y según el sexo y la ocupación. Por consiguiente, será preciso adoptar medidas para mantener, adaptar o fortalecer la diversidad del régimen y las pautas de alimentación y consumo adecuadas, incluida la lactancia materna, al tiempo que se garantiza que los cambios en la disponibilidad y acceso a los alimentos mínimos no afectan negativamente a la composición y la ingesta de alimentos.

10. Al decir sin sustancias nocivas se fijan los requisitos de la inocuidad de los alimentos y una gama de medidas de protección tanto por medios públicos como privados para evitar la contaminación de los productos alimenticios debido a la adulteración y/o la mala higiene ambiental o la manipulación incorrecta en distintas etapas de la cadena alimentaria; debe también procurarse determinar y evitar o destruir las toxinas que se producen naturalmente.

11. Que los alimentos deban ser aceptables para una cultura o unos consumidores determinados significa que hay que tener también en cuenta, en la medida de lo posible, los valores no relacionados con la nutrición que se asocian a los alimentos y el consumo de alimentos, así como las preocupaciones fundamentadas de los consumidores acerca de la naturaleza de los alimentos disponibles.

Los alimentos deben estar a disposición de todas las personas sin ningún tipo de discriminación.

**CDESC, Observación General N.º 12 ([General Comment No. 12](#)), El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). Doc. de la ONU E/C.12/1999/5**

18. Por otra parte, toda discriminación en el acceso a los alimentos, así como a los medios y derechos para obtenerlos, por motivos de raza, color, sexo, idioma, edad, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, con el fin o efecto de anular u obstaculizar la igualdad en el disfrute o ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales constituye una violación del Pacto.

En caso de violación del derecho a la alimentación, la víctima deberá tener a su disposición un recurso y poder reclamar la reparación de su derecho.

**CDESC, Observación General N.º 12 ([General Comment No. 12](#)), El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). Doc. de la ONU E/C.12/1999/5**

32. Toda persona o grupo que sea víctima de una violación del derecho a una alimentación adecuada debe tener acceso a recursos judiciales adecuados o a otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional. Todas las víctimas de estas violaciones tienen derecho a una reparación adecuada que puede adoptar la forma de restitución, indemnización, compensación o garantías de no repetición.

**4. Nivel de vida adecuado v. situación de indigencia: su relación con el derecho a la vida**

En lo referente a migrantes que viven o que se encuentran en situación de indigencia, las cortes y tribunales internacionales europeos han abordado diversos casos relativos al derecho a la vida teniendo en cuenta el principio de la dignidad humana. En *M.S.S. c. Bélgica y Grecia (M.S.S. v. Belgium and Greece)*, el Tribunal valoró si el artículo 3 del TEDH permitía a las autoridades belgas devolver migrantes a Grecia aun conociendo las condiciones inhumanas de vida en los centros de acogida de dicho país.

**M.S.S. c. Bélgica y Grecia (*M.S.S. v. Belgium and Greece*), TEDH, Demanda N.º 30696/09. Sentencia del 21 de enero de 2011**

252. Una vez establecido eso, el Tribunal debe determinar si una situación de pobreza material extrema puede plantear un problema al amparo del artículo 3.

253. El Tribunal recuerda que no ha excluido «la posibilidad de que El estado esté comprometido, en virtud del artículo 3 por un trato en el marco del cual un demandante totalmente dependiente de la ayuda pública se enfrentaría con la indiferencia de las autoridades a pesar de encontrarse en una situación de privación o falta hasta tal punto grave que fuera incompatible con la dignidad humana» (Budina contra Rusia, dec., núm. 45603/05, TEDH 2009 -18).

254. Constata que la situación en la que se encontró el demandante era de una particular gravedad. Explica haber vivido durante meses en la indigencia más absoluta, y no haber podido hacer frente a sus necesidades más elementales: alimentarse, lavarse y alojarse. A esto hay que añadir la permanente angustia de ser atacado o robado así como la ausencia total de perspectiva de mejorar. Es para terminar con esta situación de precariedad y angustia que intentó, en varias ocasiones, abandonar Grecia (...)

358. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal considera que en el momento de expulsión del demandante, las autoridades belgas sabían o deberían haber sabido que no había ninguna garantía de que su demanda de asilo fuera examinada en profundidad por las autoridades griegas. Además, tenían los medios para oponerse a su traslado.

359. (...) El Gobierno sostiene que, ante las autoridades belgas, el demandante no personalizó suficientemente el riesgo de no tener acceso al procedimiento de asilo y a ser víctima de una devolución por parte de las autoridades griegas. El Tribunal considera, sin embargo, que dependía de las autoridades belgas, dada la situación descrita, no sólo asumir que el demandante recibiría un trato conforme a las exigencias del Convenio, sino por el contrario investigar previamente la manera en que las autoridades griegas aplican la legislación en materia de asilo en la práctica. Al hacerlo, podrían haber constatado que el riesgo invocado por el demandante era suficientemente real e individualizado para depender del artículo 3. El hecho de que exista un gran número de solicitantes de asilo en Grecia en la misma situación que el demandante no impide la naturaleza individualizada de los presuntos riesgos alegados, que resultan por tanto suficientemente concretos y probables (véase, mutatis mutandis, Saadi, apartado 132). (...)

367. Basándose en estas conclusiones y las obligaciones que pesan sobre los Estados en virtud del artículo 3 del Convenio en materia de expulsión, el Tribunal considera que al expulsar al demandante hacia Grecia, las autoridades belgas le expusieron, con pleno conocimiento de causa a unas condiciones de detención y de vida que constituyen un trato degradante.

En otros casos se ha tratado la cuestión de si los solicitantes de asilo rechazados podrían quedar excluidos de recibir asistencia social (financiada por el gobierno), incluido el derecho a la alimentación. Si bien el anexo a la Carta Social Europea Revisada (ESC) excluye explícitamente la protección a migrantes que residan ilegalmente en un país, el Comité Europeo de Derechos Sociales (ECSR) alcanzó una decisión diferente:

**Conferencia de Iglesias Europeas c. los Países Bajos (*CEC v. The Netherlands*), Comité Europeo de Derechos Sociales, Reclamación N.º 90/2013, Decisión de 1 de julio de 2014**

121. No puede considerar, no obstante, que la denegación de alojamiento de emergencia a aquellas personas que continúan encontrándose en el territorio de los Países Bajos constituya una medida absolutamente necesaria para la consecución de la finalidad de la política sobre inmigración. El gobierno no ha hecho referencia alguna a las indicaciones sobre los efectos concretos de esta medida.

122. Asimismo, el Comité observa que las personas implicadas en la reclamación se encuentran innegablemente en riesgo de sufrir daños irreparables sobre su vida y su



dignidad humana si se les deniega el acceso a un alojamiento, alimentos y ropa. Hace referencia a la jurisprudencia dictada conforme al procedimiento de información (véanse párrafos 73 y 106) y mantiene que el acceso a alimentos y agua, así como a servicios tan básicos como un lugar seguro donde dormir y a ropa, que cumplan los requisitos mínimos para sobrevivir en las condiciones meteorológicas imperantes, resulta necesario para la subsistencia básica de cualquier ser humano [...].

Igualmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) llegó a la conclusión de que el hecho de que un migrante haya podido perder su residencia legal no debería implicar la pérdida de medios de subsistencia:

**H.T c. Land Baden-Württemberg (*H.T. v. Land Baden-Württemberg*), TJUE, Asunto C 373/13, Sentencia del 24 de junio de 2015**

95. No obstante, es preciso poner de relieve en ese sentido que el refugiado cuyo permiso de residencia sea revocado en aplicación del artículo 24, apartado 1, de la Directiva 2004/83 conserva su estatuto de refugiado, a menos que se ponga fin a éste, y hasta que ello ocurra en su caso. Por tanto, aun privado de permiso de residencia, el interesado sigue siendo un refugiado y conserva por esa condición el derecho a los beneficios que el capítulo VII de la misma Directiva garantiza a todo refugiado, en especial el derecho a la protección contra la devolución, al mantenimiento de la unidad familiar, a la expedición de documentos de viaje, al acceso al empleo y la educación, a la asistencia social, a la asistencia sanitaria y a la vivienda, a la libertad de circulación dentro del Estado miembro y al acceso a los instrumentos de integración. En otros términos, un Estado miembro carece de facultad discrecional alguna para seguir concediendo o por el contrario denegar a ese refugiado los beneficios sustantivos garantizados por esa Directiva. (...)

97. Dado que esos derechos atribuidos a los refugiados son consecuencia de la concesión del estatuto de refugiado y no de la expedición del permiso de residencia, mientras posea ese estatuto el refugiado debe beneficiarse de los derechos que le garantiza así la Directiva 2004/83 y éstos sólo se pueden limitar respetando las condiciones establecidas por el capítulo VII de esa Directiva, sin que los Estados miembros estén facultados para añadir restricciones que no figuren en ella. (...)

***Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve v. Moussa Abdida*, TJEU, Asunto C 562/13, Sentencia del 18 de diciembre de 2014**

55. Pues bien, el artículo 14 de esa Directiva prevé ciertas garantías a la espera del retorno, en particular, durante los períodos de aplazamiento de la expulsión de conformidad con el artículo 9 de la misma Directiva.

56. A tenor del artículo 9, apartado 1, letra b), de la Directiva 2008/115, los Estados miembros aplazarán la expulsión mientras se le otorgue efecto suspensivo de acuerdo con el artículo 13, apartado 2, de la misma Directiva.

57. Pues bien, se deduce de la estructura general de la Directiva 2008/115, que debe tomarse en consideración para la interpretación de ésta (véase en ese sentido la sentencia Abdullahi, C-394/12, EU:C:2013:813, apartado 51), que el artículo 9, apartado 1, letra b), de esa Directiva debe abarcar todos los supuestos en los que un Estado miembro está obligado a suspender la ejecución de una decisión de retorno a raíz de la interposición de un recurso contra ésta.

58. De cuanto precede resulta que los Estados miembros están obligados a ofrecer a un nacional de un tercer país aquejado de una grave enfermedad que haya interpuesto un recurso contra una decisión de retorno cuya ejecución puede exponerle a un riesgo grave de deterioro serio e irreversible de su estado de salud las garantías, a la espera del retorno, previstas por el artículo 14 de la Directiva 2008/115.

59. En particular, en una situación como la del asunto principal, el Estado miembro está obligado, en virtud del artículo 14, apartado 1, letra b), de esa Directiva, a cubrir en la medida de lo posible las necesidades básicas de un nacional de un tercer país aquejado de una grave enfermedad cuando éste carece de los medios para subvenir él mismo a esas necesidades.

60. En efecto, la garantía de atención sanitaria de urgencia y de tratamiento básico de enfermedades, prevista en el artículo 14, apartado 1, letra b), de la Directiva 2008/115, podría quedar privada de efecto real en esa situación si no la acompañara la cobertura de las necesidades básicas del nacional interesado de un tercer país. (...)

En el último asunto, el Abogado General aportó un argumento esencial sobre el derecho inherente de toda persona a vivir una vida humana y digna:

**Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve v Moussa Abdida, TJUE, Asunto C 562/13, Dictamen del Abogado General BOT**

155. Desde mi punto de vista, el respeto a la dignidad humana y al derecho a la vida, la integridad y la salud, consagrados en los Artículos 1,2, 3 y 35 de la Carta respectivamente, así como la prohibición de conferir un trato inhumano o degradante, contenida en el Artículo 4 de la Carta, significan que, en una situación como la referida en el procedimiento principal, un nacional de un tercer país en situación irregular cuya expulsión se haya suspendido *de facto*, no deberá quedar desprovisto de los medios necesarios para cubrir sus necesidades básicas durante el tiempo de examen de su apelación.

156. Tener cubiertas las necesidades más básicas de una persona es, en mi opinión, un derecho esencial que no puede depender de la situación legal de la persona implicada.

157. Si bien cada uno de los Estados miembros debe establecer el alcance de las prestaciones que cubran las necesidades básicas conforme a la discrecionalidad que les confiere la Directiva 2008/15, considero que dichas prestaciones deberán ser suficientes para garantizar que las necesidades de subsistencia de la persona implicada queden cubiertas, y dicha persona pueda disfrutar de un nivel de vida digno, adecuado para su salud, que le permita, entre otras cosas, obtener alojamiento. También se deberán tener en cuenta las necesidades especiales que dicha persona pueda tener.

## **5. Derecho a una vivienda adecuada**

El derecho a una vivienda adecuada es un derecho de amplio alcance en materia de protección. Incluye la obligación fundamental de protección frente al entorno (adverso) en forma de alojamiento básico, la aplicación de pautas amplias relativas a la calidad de la vivienda y la seguridad del periodo de posesión, así como la protección frente a desahucios forzosos.

El derecho a una vivienda adecuada se encuentra protegido como parte del derecho a un nivel adecuado de vida en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Carta Social Europea recoge una descripción más detallada de lo que el derecho a una vivienda implica.

**Carta Social Europea (Revisada) [European Social Charter (Revised)], artículo 31 (Derecho a la vivienda)**

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, las Partes se comprometen a adoptar medidas destinadas:

1. a favorecer el acceso a la vivienda de un nivel suficiente;
2. a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación;
3. a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes.

En el caso de los migrantes, el derecho a la vivienda se limita al derecho a obtener alojamiento.

**Directiva 2013/33 (EU Reception Directive), artículo 18 (Modalidades de las condiciones materiales de acogida)**

1. En caso de que se conceda alojamiento en especie, se facilitará en alguna de las siguientes formas, o en una combinación de ellas:

(a) en locales empleados para alojar a los solicitantes durante el examen de una solicitud de protección internacional formulada en una frontera o en zonas de tránsito;

(b) en centros de acogida que garanticen un nivel de vida adecuado;

(c) en casas privadas, apartamentos, hoteles u otros locales adaptados para alojar a los solicitantes (...)

3. Los Estados miembros deberán tomar en consideración los factores específicos de género y edad y la situación de las personas vulnerables, respecto de los solicitantes alojados en los locales o centros de acogida a que se refiere el apartado 1, letras a) y b) (...)

Adicionalmente a estos ejemplos de derechos específicos aplicables a una vivienda, en ocasiones resulta viable defender el derecho a una vivienda adecuada sobre la base, por ejemplo, del artículo 8 del CEDH (derecho a una vida privada y familiar), el artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH (derecho a la propiedad) y el artículo 3 del CEDH (prohibición de recibir un trato inhumano y degradante).

### **5.1 Obligación fundamental mínima: Alojamiento**

En su Observación General sobre el Derecho a la Vivienda el CDESC no describe el contenido de la obligación fundamental mínima. El motivo alegado es que los Estados no han aportado en sus informes una descripción lo suficientemente detallada que le permita alcanzar conclusiones de aplicación general. Al mismo tiempo, el Comité reconoce que la falta de vivienda constituye un problema que se debe resolver.

**CDESC, Observación General N.º 4 (General Comment No. 4), El derecho a una vivienda adecuada (art. 11, párr.1 del Pacto). Doc. de la ONU E/1992/23**

4. A pesar de que la comunidad internacional ha reafirmado con frecuencia la importancia del pleno respeto del derecho a una vivienda adecuada, sigue existiendo un abismo preocupante entre las normas fijadas en el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto y la situación reinante en muchas regiones del mundo. Aunque esos problemas suelen ser especialmente graves en algunos países en desarrollo que enfrentan limitaciones graves de recursos y de otra índole, el Comité observa que existen también considerables problemas de falta de vivienda y de viviendas inadecuadas en algunas de las sociedades más desarrolladas económicamente (...)

En la Carta Social Europea Revisada, el derecho a la vivienda se encuentra protegido en un artículo específico e incluye la obligación del Estado de evitar situaciones de falta de vivienda. En su jurisprudencia, el CDESC ha establecido en primer lugar que concretamente los niños, con independencia de su situación de residencia, tienen derecho a una vivienda en virtud del Artículo 31.

**DCI c. los Países Bajos (DCI v. The Netherlands), Comité Europeo de Derechos Sociales, Reclamación N.º 47/2008, Decisión de 20 de octubre de 2009**

46. El Comité recuerda que el apartado 2 del Artículo 31 (prevenir y paliar la situación de carencia de hogar) está específicamente dirigido a categorías de personas vulnerables. Obliga a las Partes a reducir progresivamente dicha situación con vistas a su eliminación. Paliar la situación de carencia de hogar implica la introducción de medidas de emergencia y otras medidas a más largo plazo, como proporcionar alojamiento y prestar asistencia de

manera inmediata a las personas que carezcan de hogar, así como aplicar medidas dirigidas a ayudar a dichas personas a superar sus dificultades y evitar que regresen a la situación de carencia de hogar (Conclusiones 2003, Italia, Artículo 31 y FEANTSA c. Francia, Reclamación N.º 39/2006, decisión sobre el fondo del caso, 5 de diciembre de 2007, Art. 103).

47. El Comité considera que el derecho a una vivienda guarda estrecha relación con el derecho a la vida, y resulta crucial para garantizar el respeto a la dignidad humana de cada persona. El Comité observa que, si todos los niños se encuentran en situación de vulnerabilidad, el hecho de crecer en la calle los sitúa en una situación de desamparo absoluto. Por consiguiente, considera que los niños se verán negativamente afectados si se les deniega el derecho a una vivienda.

48. En tal sentido, el Comité mantiene que los niños, con independencia de su situación de su residencia, deben quedar incluidos en el alcance personal establecido en el apartado 2 del Artículo 31 [...]

62. En lo que a las condiciones de la vivienda se refiere, en virtud del apartado 2 del Artículo 31, el Comité sostiene que deberán ser tales que permitan vivir de un modo acorde con la dignidad humana (FEANTSA c. Francia, Reclamación N.º 39/2006, decisión sobre el fondo de la cuestión, 5 de diciembre de 2007, párrs. 108-109). En tal sentido, el Comité hace referencia a la Recomendación del Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa sobre la aplicación del derecho a la vivienda (junio de 2009), en la que reclama que "el punto de partida para reducir la falta de vivienda debería consistir en (...) garantizar que todas las personas, con independencia de las circunstancias, puedan disfrutar de una vivienda que respete la dignidad humana y que, como mínimo, sea temporal. El requisito de dignidad de la vivienda significa que incluso los alojamientos temporales deberán cubrir los requisitos de seguridad, salud e higiene, incluidos los servicios mínimos, como agua limpia, iluminación suficiente y calefacción. Los requisitos básicos aplicables al alojamiento temporal también incluyen garantizar la seguridad del entorno inmediato. No obstante, el alojamiento temporal no necesita estar sujeto a los mismos requisitos de vida privada y familiar e idoneidad exigidos en el caso de tipos de vivienda estándar destinados a una mayor permanencia, una vez cumplidos los requisitos mínimos. El alojamiento de las personas que se encuentren en campos de acogida y en estancias temporales que no cumplan las normas mínimas de dignidad humana estarán infringiendo los requisitos anteriormente indicados".

63. Por último, el Comité recuerda que en virtud del apartado 2 del Artículo 31, los Estados Partes deberán asegurarse de que los desahucios estén justificados, se lleven a cabo en condiciones respetuosas con la dignidad de las personas implicadas y ofrezcan alternativas de alojamiento [...]. En tal sentido, el Comité sostiene que, puesto que en el caso de personas en situación irregular los Estados no tienen obligación de ofrecer un alojamiento alternativo, se deberían prohibir los desahucios puesto que arrastrarían a las personas afectadas, especialmente a los niños, a una situación de desamparo absoluto, contrario al respeto a su dignidad humana.

64. Habida cuenta de lo anterior, el Comité concluye que los Estados Partes deberán proporcionar en su territorio, en virtud del apartado 2 del Artículo 31 de la Carta Social Europea Revisada, alojamiento adecuado a los niños que se encuentren en situación irregular durante el tiempo en el que se encuentren bajo su jurisdicción. Cualquier otra solución iría en contra del respeto a su dignidad humana y no estaría teniendo debidamente en cuenta la situación particularmente vulnerable de los niños. [...]

En un asunto posterior, el CEDS llegó a la misma conclusión basándose en el artículo 17 de la Carta Social Europea, que confiere a los niños protección económica, social y legal. La referencia a este artículo resultó necesaria, puesto que Bélgica no había aceptado las obligaciones recogidas en el artículo 31 de dicha Carta.

**DCI c. Bélgica ([DCI v. Belgium](#)), Comité Europeo de Derechos Sociales, Reclamación N.º 69/2011, Decisión de 23 de octubre de 2012**

36. [...] [E]sta categoría de extranjeros (que incluye menores acompañados o no acompañados en situación irregular en un país) no está cubierta en todas las disposiciones

de la Carta, sino únicamente en aquellas cuya finalidad fundamental se encuentra íntimamente relacionada con el requisito de garantizar los derechos humanos más fundamentales, y salvaguardar a las personas sobre quienes resulte de aplicación tal disposición frente a las graves amenazas al disfrute de tales derechos.

37. Además, el riesgo de menoscabar los derechos fundamentales es aún mayor cuando son los niños, *a fortiori* niños migrantes en situación irregular en un país, quienes están en juego. Esto se debe a su condición de "niños" y a su situación específica de migrantes "en situación irregular", con la consiguiente combinación de vulnerabilidad y autonomía limitada. Como consecuencia, en concreto, de su falta de autonomía los niños no se pueden considerar verdaderos responsables de su lugar de residencia. Los niños no son capaces de decidir por sí mismos si permanecer en un país o abandonarlo. Además, si no están acompañados, su situación se vuelve aún más vulnerable y deberá ser gestionada íntegramente por el Estado, que tiene la obligación de atender a los niños que vivan en su territorio y de no privarles de la protección más básica con motivo de su condición de migrantes "en situación irregular".

38. A la luz de las observaciones generales anteriores, el Comité, refiriéndose expresamente al Artículo 17 de la Carta e incidiendo en sus decisiones [...], considera que esta disposición resulta de aplicación a las personas implicadas en esta reclamación. El Artículo 17, concretamente su apartado 1, exige a los Estados Partes cumplir obligaciones positivas relativas a la vivienda, la asistencia básica y la protección de los niños y adolescentes. No considerar que los Estados Partes tienen la obligación de cumplir dichas obligaciones en el caso de menores extranjeros que se encuentren en situación irregular en un país significaría no garantizar sus derechos fundamentales y exponerles a amenazas graves sobre su derecho a la vida, la salud, la integridad psicológica y física, y la dignidad humana. [...]

81. El Comité considera que la asistencia inmediata resulta esencial y permite valorar tanto las necesidades sustanciales de los adolescentes como la necesidad de proporcionar atención médica o psicológica, con el fin de crear un plan de apoyo dirigido a los niños. [...] "Art. 34. La pobreza hace a los niños, concretamente a las niñas, vulnerables a la explotación, la negligencia y el abuso. Los Estados deben respetar y promocionar los derechos de los niños que viven en la pobreza mediante el refuerzo y la asignación de los recursos necesarios a las estrategias y programas dirigidos a proteger al menor, entre otras medidas, prestando especial atención a los niños marginados, por ejemplo, los niños de la calle, los niños soldado, los niños con discapacidades, las víctimas del tráfico de personas, los niños que actúan como cabeza de familia y los niños que viven en centros de atención a menores, todos ellos expuestos a un mayor riesgo de sufrir situaciones de explotación y abuso".

82. Habida cuenta de lo anterior, el Comité considera que el hecho de que el Gobierno haya dejado de garantizar desde el 2009 cualquier forma de alojamiento en los centros de acogida a los menores extranjeros acompañados en situación irregular en el país (ya sea a través de la red FEDASIL u otras soluciones alternativas) resulta contrario al Artículo 17, apartado 1 de la Carta. La denegación persistente de alojamiento a estos menores demuestra, en concreto, que el Gobierno no ha tomado las medidas necesarias ni oportunas que garanticen a dichos menores el cuidado y la asistencia que requieren, o que les protejan frente a la negligencia, la violencia o la explotación, lo que supone una grave amenaza al disfrute de sus derechos más básicos, como el derecho a la vida y a la integridad psicológica y física, y el respeto a la dignidad humana. [...]

Dos años más tarde, el CEDS decidió que lo propio resultaría de aplicación a los migrantes adultos indocumentados. El CEDS explica que la exclusión de migrantes en situación de residencia irregular está permitida, en tanto en cuanto no derive en condiciones de vida inhumanas.

**Conferencia de Iglesias Europeas c. los Países Bajos ([CEC v. The Netherlands](#)), Comité Europeo de Derechos Sociales, Reclamación N.º 90/2013, Decisión de 1 de julio de 2014**

142. En lo referente a los Países Bajos, el Comité recuerda que la situación doméstica se ha considerado contraria al Artículo 31 apartado 2 de la Carta debido a la falta de un requisito

legal que establezca la concesión de alojamiento a niños migrantes irregulares durante el tiempo en el que se encontraron en la jurisdicción de dicho país (Conclusiones 2001, Países Bajos).

143. En lo referente a la presente reclamación, el Comité ha mantenido con arreglo al Artículo 13 apartado 4 que a la gran mayoría de adultos migrantes en situación irregular no se les proporciona alojamiento conforme al derecho ni en la práctica.

144. Teniendo en cuenta la jurisprudencia establecida por el Comité, el alojamiento también se deberá proporcionar a los migrantes adultos en situación irregular, aunque se les haya solicitado abandonar el país y aun cuando no hayan solicitado alojamiento a largo plazo en una vivienda más permanente. El Comité se refiere una vez más a sus conclusiones anteriormente indicadas en virtud del Artículo 13 apartado 4 y reitera que el derecho a una vivienda está estrechamente relacionado con la dignidad humana de cada persona, con independencia de su situación de residencia. Estima que la situación sobre la cual se haya basado una violación del Artículo 13 apartado 4, supondrá asimismo una violación del Artículo 31 apartado 2 [...]

## **5.2 Vivienda adecuada**

La calidad de la vivienda forma parte de la esencia de lo que se puede considerar una vivienda adecuada.

### **CDESC, Observación General N.º 4 ([General Comment No. 4](#)), El derecho a una vivienda adecuada (art. 11, párr.1 del Pacto). Doc. de la ONU E/1992/23**

7. En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte (...) "El concepto de "vivienda adecuada"... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable".

8. (...) "vivienda adecuada" a los efectos del Pacto (...). (...) Entre esos aspectos figuran los siguientes:

(a) Seguridad jurídica de la tenencia (...)

(b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia;

(c) Gastos soportables. (...)

(d) Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. (...)

9. Como se señaló anteriormente, el derecho a una vivienda adecuada no puede considerarse aisladamente de los demás derechos que figuran en los dos Pactos Internacionales y otros instrumentos internacionales aplicables. (...) De manera semejante, el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada. (...)

El Comité de los Derechos del Niño relaciona explícitamente los elementos cualitativos del derecho a una vivienda con el derecho a la salud:

**CRC, Observación general N.º 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud ([General Comment No. 15](#))(art. 24). Doc. de la ONU CRC/C/GC/15**

49. Los Estados deben adoptar medidas para hacer frente a los peligros y riesgos que la contaminación del medio ambiente local plantea a la salud infantil en todos los entornos. Para la crianza y el desarrollo del niño en condiciones sanas son fundamentales viviendas adecuadas que incluyan instalaciones para preparar alimentos exentas de peligro, un entorno sin humos, ventilación apropiada, la gestión eficaz de los desechos y la eliminación de los desperdicios de las viviendas y sus inmediaciones, la ausencia de moho y otras sustancias tóxicas y la higiene familiar. (...)

### **5.3 Acceso a la seguridad jurídica de la tenencia, desahucios forzosos**

El derecho a la vivienda implica que las personas tendrán derecho a acceder a una. En la práctica, el acceso a la vivienda generalmente requiere un sistema para gestionarlo, del que podrán surgir cuestiones relativas a la igualdad y la no discriminación.

**CDESC, Observación General N.º 4 ([General Comment No. 4](#)), El derecho a una vivienda adecuada (art. 11, párr.1 del Pacto). Doc. de la ONU E/1992/23**

8(e) Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como los (...) niños. (...) Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos.(...)

Una vez gestionada la vivienda, el Estado tiene la obligación de evitar situaciones de personas sin hogar. Esto significa que deberá existir protección suficiente contra los desahucios, al tiempo que se deberán reconocer los derechos de propiedad de los titulares de la vivienda. Desde el punto de vista del Tratado, la protección constituye un elemento clave.

**CDESC, Observación General N.º 4 ([General Comment No. 4](#)), El derecho a una vivienda adecuada (art. 11, párr.1 del Pacto). Doc. de la ONU E/1992/23**

18. A este respecto, el Comité considera que las instancias de desahucios forzados son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto y sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional.

**CDESC, Observación General N.º 7 ([General Comment No. 7](#)), El derecho a una vivienda adecuada (art. 11, párr.1 del Pacto): desalojos forzosos. Doc. de la ONU E/1998/22**

4. La práctica de los desalojos forzosos está muy difundida y afecta a las personas tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo. Dadas la interrelación y la interdependencia que existen entre todos los derechos humanos, los desalojos forzosos violan frecuentemente otros derechos humanos. Así pues, además de infringir claramente los derechos consagrados en el Pacto, la práctica de los desalojos forzosos también puede dar lugar a violaciones de derechos civiles y políticos, tales como el derecho a la vida, el

derecho a la seguridad personal, el derecho a la no injerencia en la vida privada, la familia y el hogar, y el derecho a disfrutar en paz de los bienes propios (...)

11. Aunque algunos desalojos pueden ser justificables, por ejemplo en caso de impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada, las autoridades competentes deberán garantizar que los desalojos se lleven a cabo de manera permitida por una legislación compatible con el Pacto y que las personas afectadas dispongan de todos los recursos jurídicos apropiados. (...)

14. Cuando se considere que el desalojo está justificado, debería llevarse a cabo con estricto cumplimiento de las disposiciones pertinentes de las normas internacionales de derechos humanos y respetando los principios generales de la razón y la proporcionalidad. (...) la injerencia en el domicilio de una persona sólo puede tener lugar "en los casos previstos por la ley". (...)

15. Aunque la debida protección procesal y el proceso con las debidas garantías son aspectos esenciales de todos los derechos humanos, tienen especial pertinencia para la cuestión de los desalojos forzosos que guarda relación directa con muchos de los derechos reconocidos en los pactos internacionales de derechos humanos. El Comité considera que entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos figuran: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales.

16. Los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda. (...)

#### **5.4 No discriminación**

El derecho a la vivienda, similar a todos los derechos de la Convención, se debe aplicar de forma no discriminatoria. Determinados motivos de discriminación resultan especialmente relevantes puesto que la discriminación en torno a la vivienda puede afectar en mayor medida a las mujeres y a los grupos vulnerables de la sociedad.

#### **CDESC, Observación General N.º 4 ([General Comment No. 4](#)), El derecho a una vivienda adecuada (art. 11, párr.1 del Pacto). Doc. de la ONU E/1992/23**

6. El derecho a una vivienda adecuada se aplica a todos. Aun cuando la referencia "para sí y su familia" supone actitudes preconcebidas en cuanto al papel de los sexos y a las estructuras y actividad económica que eran de aceptación común cuando se adoptó el Pacto en 1966, esa frase no se puede considerar hoy en el sentido de que impone una limitación de algún tipo sobre la aplicabilidad de ese derecho a las personas o los hogares en los que el cabeza de familia es una mujer o a cualesquiera otros grupos. Así, el concepto de "familia" debe entenderse en un sentido lato. Además, tanto las personas como las familias tienen derecho a una vivienda adecuada, independientemente de la edad, la situación económica, la afiliación de grupo o de otra índole, la posición social o de cualquier otro de esos factores. En particular, el disfrute de este derecho no debe estar sujeto, según el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, a ninguna forma de discriminación.



El Comité Europeo de Derechos Sociales adopta este mismo planteamiento en lo referente a los migrantes indocumentados. Si bien la propia Carta Social Europea excluye de su alcance a los migrantes indocumentados, el Comité confiere preferencia a la protección de la dignidad humana (véase página 7 anterior).

Otro planteamiento aplicable a la protección de los migrantes se puede encontrar en las disposiciones del Tratado, que establece que los Estados no deberán conceder a los migrantes un trato menos favorable que a los nacionales u otros extranjeros en materia de vivienda. Básicamente, la cláusula de no discriminación en estos casos se ha vinculado a los derechos sustantivos protegidos por el Tratado. En la mayoría de las situaciones, no obstante, es necesario que exista un vínculo con el objetivo del Tratado y debe darse una situación de residencia lícita.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, por ejemplo, exige un trato no menos favorable que a otros extranjeros. Evidentemente, dicho requisito tan solo resultará efectivo cuando una persona haya sido reconocida como refugiado.

**Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951 ([The 1951 Refugee Convention](#)), 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.

Cuando el TEDH tuvo que resolver si se había incurrido en una violación del Artículo 14 en lo referente al acceso a la vivienda, consideró que, a pesar de la falta de asistencia, nunca existió una situación de falta de hogar (a través de un programa de vivienda privado), por lo que no se produjo violación alguna.

**Bah c. el Reino Unido ([Bah v. The United Kingdom](#)), TEDH, Demanda N.º 56328/07, Sentencia de 27 de septiembre de 2011**

40. Tras haber definido el alcance de su examen, el Tribunal comienza observando que en virtud del Artículo 8 del Convenio no existe derecho alguno a recibir una vivienda [...], ya que cuando el Estado Contratante decide conceder prestaciones, lo deberá hacer con arreglo al Artículo 14. La legislación cuestionada en este caso afectaba obviamente a la vida en el hogar y a la vida familiar de la demandante y su hijo, puesto que incidía sobre el cumplimiento de las condiciones para recibir asistencia en la búsqueda de alojamiento en un momento en el que corrían el peligro de quedarse sin hogar. Por consiguiente, el Tribunal considera que los hechos de este caso se incluyen en el alcance del Artículo 8. [...] El Tribunal debe valorar si la demandante sufrió una discriminación indebida conforme al significado del Artículo 14. [...]

51. En lo referente a la proporcionalidad de los medios empleados para alcanzar la finalidad legítima, el Tribunal ha tenido en cuenta las circunstancias específicas del caso aplicables a la demandante. Sin subestimar la ansiedad que la demandante hubo de sufrir tras ser amenazada con quedarse sin hogar, el Tribunal observa que en ningún momento quedó efectivamente desprovista de alojamiento y que, tal y como señaló el Gobierno (véase párrafo 24 anterior), existían obligaciones legalmente establecidas diferentes al artículo 193 de la Ley de vivienda (*Housing Act*) de 1996 que habrían requerido a la autoridad local prestar asistencia a la demandante y a su hijo en el supuesto de que la amenaza de quedarse sin hogar se hubiera materializado. [...] En el caso de la demandante, se trasladó de nuevo a Southwak cuando se le ofreció el arrendamiento de una vivienda subvencionada diecisiete meses después, plazo similar al asignado a una persona considerada con necesidades prioritarias.

52. Dadas las circunstancias, el Tribunal concluye que el trato diferencial del que la demandante fue objeto estaba razonable y objetivamente justificado tanto por la necesidad

de asignar, de la manera más equitativa posible, la escasa oferta de viviendas subvencionadas disponible en el Reino Unido, como por la legitimidad de tener en cuenta la condición de migrante de las personas con necesidad de un hogar, a la hora de realizar tal asignación. En el caso de la demandante, el efecto del trato diferente no fue desproporcionado a la finalidad legítima perseguida. [...]

**Directiva 2004/83/CE del Consejo ([EU Qualification Directive](#)), Artículo 31 (Acceso a la vivienda)**

Los Estados miembros velarán por que los beneficiarios del estatuto de refugiado o de protección subsidiaria tengan acceso a la vivienda en condiciones equivalentes a las de los otros nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros.

Otros tratados abordan la igualdad del derecho a la vivienda de los migrantes económicos.

**Convenio N.º 97, Convenio sobre los trabajadores migrantes ([ILO Convention No. 97 – Migration for Employment Convention](#)), Artículo 6**

1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes:

(a) siempre que estos puntos estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas:

(i) la remuneración, comprendidos los subsidios familiares cuando éstos formen parte de la remuneración, las horas de trabajo, las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores;

(ii) la afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos;

(iii) la vivienda; (...)

## **5.5 Recursos**

En lo referente a otros derechos, el Comité concluye que las violaciones solo se podrán resolver de manera eficaz cuando exista la opción de un recurso legal o administrativo. En lo que respecta al derecho a una vivienda, el Comité ofrece un listado no exhaustivo de ejemplos que destacan la importancia de la vivienda en relación con otros derechos humanos.

**CDESC, Observación General N.º 4 ([General Comment No. 4](#)), El derecho a una vivienda adecuada (art. 11, párr.1 del Pacto). Doc. de la ONU E/1992/23**

17. El Comité considera que muchos elementos componentes del derecho a la vivienda adecuada son por lo menos conformes con la disposición de recursos jurídicos internos. Según el sistema jurídico tales esferas incluyen, pero no están limitadas a: a) apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los tribunales; b) procedimientos jurídicos que buscan indemnización después de un desahucio ilegal; c) reclamaciones contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación racial u otras formas de discriminación; d) denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda; y e) reclamaciones contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas. En algunos sistemas jurídicos podría ser también adecuado estudiar la posibilidad de facilitar juicios en situaciones que implican niveles de gran aumento de personas sin hogar.

### III. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

El derecho a la seguridad social está protegido en diversos tratados, y se puede afirmar que forma parte del derecho a un nivel de vida adecuado. Por otra parte, el derecho a la seguridad social también se encuentra expresamente recogido en el Artículo 9 del Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales.

#### **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [[International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights \(ICESCR\)](#)], Artículo 9**

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

#### **CDESC, Observación General N.º 19 ([General Comment No. 19](#)), El derecho a la seguridad social (artículo 9). Doc. de la ONU E/C.12/GC/19**

2. El derecho a la seguridad social incluye 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 (...) (b) gastos excesivos de atención de salud; (c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo. (...)

12. El sistema de seguridad social debe abarcar las siguientes nueve ramas principales de la seguridad social.

(a) Atención de salud (...)

(f) Prestaciones familiares

(g) Maternidad (...)

(h) Discapacidad

(i) Sobrevivientes y huérfanos (...)

18. Las prestaciones familiares son esenciales para la realización del derecho de los niños y de los adultos a cargo a la protección en virtud de los artículos 9 y 10 del Pacto. Al conceder las prestaciones, el Estado Parte debe tener en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas responsables del mantenimiento del niño o el adulto a cargo, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre o por el adulto a cargo. Las prestaciones familiares, incluidas las prestaciones en efectivo y los servicios sociales, deben concederse a las familias sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos, y normalmente incluirían el alimento, el vestido, la vivienda, el agua y el saneamiento y otros derechos, según proceda. (...)

En comparación con los medios de subsistencia, incluido el derecho a la alimentación, el derecho a la seguridad social no siempre se encuentra accesible y a disposición de los migrantes. Muchos países disponen de un sistema específico aplicable a los migrantes recién llegados y a sus hijos con el fin de evitar solicitudes de residencia. En general, dicha práctica está aceptada por el derecho internacional en tanto en cuanto los migrantes reciban, como mínimo, medios de subsistencia. Esta situación demuestra que los migrantes carecen de un derecho absoluto a acceder a programas de prestaciones sociales.

#### **CDESC, Observación General N.º 19 ([General Comment No. 19](#)), El derecho a la seguridad social (artículo 9). Doc. de la ONU E/C.12/GC/19**

37. Los no nacionales deben poder tener acceso a planes no contributivos de apoyo a los ingresos, y acceso asequible a la atención de salud y el apoyo a la familia. Cualquier restricción, incluido un período de carencia, debe ser proporcionada y razonable. Todas las personas, independientemente de su nacionalidad, residencia o condición de inmigración, tienen derecho a atención médica primaria y de emergencia.

38. Los refugiados, apátridas, solicitantes de asilo y otras personas o grupos desfavorecidos y marginados deben disfrutar del mismo trato para el acceso a los planes de seguridad social no contributivos, incluido un acceso razonable a la atención de la salud y el apoyo a la familia, de conformidad con las normas internacionales.

39. Los desplazados internos no deben sufrir ningún tipo de discriminación en el disfrute de su derecho a la seguridad social, y los Estados Partes deben tomar medidas proactivas para garantizar su acceso en igualdad de condiciones a los planes, por ejemplo eximiéndolos cuando corresponda de los requisitos de residencia y disponiendo que puedan recibir prestaciones u otros servicios afines en el lugar de desplazamiento. Los migrantes internos deben poder tener acceso a la seguridad social en su lugar de residencia, y los sistemas de registro de residencia no deben restringir el acceso a la seguridad social de las personas que se desplazan a otro distrito en donde no están registrados. (...)

Tal y como se ha mencionado anteriormente, los migrantes que se encuentren en cualquier tipo de procedimiento de residencia no podrán optar a prestaciones sociales "regulares". Esto no significa, no obstante, que puedan quedar en situación de desamparo:

**CDESC, Observación General N.º 19 ([General Comment No. 19](#)), El derecho a la seguridad social (artículo 9). Doc. de la ONU E/C.12/GC/19**

Obligaciones básicas

59. Los Estados Partes tienen una obligación básica de asegurar, al menos, la satisfacción de niveles mínimos indispensables de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto. En consecuencia, el Estado Parte deberá:

(a) Asegurar el acceso a un sistema de seguridad social que ofrezca a todas las personas y familias un nivel mínimo indispensable de prestaciones que les permita obtener por lo menos atención de salud esencial, alojamiento y vivienda básicos, agua y saneamiento, alimentos y las formas más elementales de educación. (...)

## **1. Protección del derecho a la seguridad social a través del derecho a la propiedad**

Los casos en los que los tribunales han tenido que abordar aspectos relacionados con las prestaciones sociales a migrantes tienden a centrarse en la discriminación por motivo de su residencia o nacionalidad. Ello obedece al hecho de que, como se ha discutido anteriormente en relación con la no discriminación, los Estados pueden elegir entre disponer o no de un programa de prestaciones sociales que, en caso afirmativo, deberá aplicarse de manera no discriminatoria. En el asunto de *Gaygusuz c. Austria*, el TEDH resolvió lo siguiente en lo referente a la prestación de asistencia de emergencia:

**Gaygusuz c. Austria ([Gaygusuz v. Austria](#)), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Demanda N.º 17371/90, Sentencia de 16 de septiembre de 1996**

40. En este caso, no se ha afirmado que el demandante no cumpliera tal condición; la denegación de prestarle asistencia de emergencia se basó exclusivamente en el hecho de que no tuviera nacionalidad austriaca y no se encontrara en ninguna de las categorías exentas de tal condición (véanse párrafos 11 y 13 anteriores).

41. El Tribunal considera que el derecho a recibir asistencia de emergencia, en los términos establecidos por la legislación aplicable, constituye un derecho pecuniario a los efectos del Artículo 1, Protocolo N.º 1 (P1-1). Dicha disposición (P1-1) resulta por consiguiente aplicable sin que se deba basar únicamente en la relación entre el derecho a recibir asistencia de emergencia y la obligación de pagar "impuestos u otras contribuciones". En tal sentido, puesto que al demandante se le denegó la asistencia de emergencia sobre la base de la distinción recogida en el Artículo 14 (art. 14), a saber, su nacionalidad, dicha provisión (art. 14) también resulta de aplicación [...]

46. El Tribunal establece, en primer lugar, que el Sr. Gaygusuz era residente legal en Austria y que trabajó en dicho país durante determinados espacios de tiempo (véase párrafo 10 anterior), realizando aportaciones al fondo de seguro de desempleo en la misma capacidad y conforme a los mismos términos que un nacional austriaco.

47. Observa que la denegación por parte de las autoridades de concederle asistencia de emergencia debido exclusivamente a no tener nacionalidad austriaca se basó en lo establecido en el artículo 33 (2)(a) de la Ley de Seguro de Desempleo (*Unemployment Insurance Act*) de 1977 (véase apartado 20 anterior).

48. No se ha afirmado que el demandante incumpliera las demás condiciones obligatorias para recibir la asistencia social en cuestión. Por consiguiente, se encontraba en la misma situación que los nacionales austriacos en lo referente a su derecho a percibirla.

49. Ciertamente, los artículos 33 y 34 de la Ley de Seguro de Desempleo de 1977 (véase párrafo 20 anterior) establecen determinadas excepciones a la condición de la nacionalidad, pero el demandante no encajaba en ninguna de ellas.

50. El Tribunal, por consiguiente, consideró los argumentos aportados por el gobierno austriaco como poco convincentes. Entendió, al igual que la Comisión, que la diferencia de trato entre austriacos y no austriacos en lo referente al derecho a recibir asistencia de emergencia, de lo que el Sr. Gaygusuz fue víctima, no se basaba en "justificación objetiva y razonable" alguna [...]

En el asunto *Koua Poirrez c. Francia*, el TEDH resolvió una situación de denegación de prestaciones sociales por razón de nacionalidad. La prestación se consideró un derecho a la propiedad que, a su vez, hizo posible que el tribunal valorara si la denegación de tal derecho por razón de nacionalidad constituía un motivo prohibido de discriminación.

**Koua Poirrez c. Francia ([Koua Poirrez v. France](#), TEDH, Demanda N.º 40892/98, Sentencia de 30 de septiembre de 2003**

47. En el presente asunto, el Tribunal observó en primer lugar que el demandante era un residente legal en Francia, donde percibía la prestación social mínima. Dicha prestación no está sujeta a la condición de nacionalidad. Reitera que la negativa de las autoridades nacionales a concederle la prestación en cuestión se basó exclusivamente en el hecho de que no tenía la nacionalidad necesaria, lo cual constituía la condición previa para percibir tal prestación en virtud del Artículo L. 821-1 del Código de la Seguridad Social en vigor en ese momento.

48. Por otra parte, no se ha establecido, ni siquiera alegado, que el solicitante no cumpliera las demás condiciones obligatorias que le darían derecho a percibir la prestación social correspondiente. En tal sentido, el Tribunal tan solo puede observar que el demandante percibió la AAH después de que la Ley de 11 de mayo de 1998 hubiera eliminado la condición de nacionalidad. Por consiguiente, se encontraba en una situación equiparable a la los nacionales franceses o los nacionales de otro país firmante del acuerdo de reciprocidad en lo referente al derecho a percibir la prestación. El Tribunal observa que la Corte de Casación también consideró que la denegación, únicamente por razón de la nacionalidad extranjera, de la prestación complementaria pagadera por el Fondo de Solidaridad Nacional a un demandante residente en Francia que había cobrado una pensión por invalidez en virtud del plan francés, infringía el Artículo 14 del Convenio y el Artículo 1 del Protocolo N.º 1 (véase el párrafo 26 anterior).

49. En tal sentido, el Tribunal entendió que los argumentos aportados por el gobierno no resultan convincentes. La diferencia de trato en lo relativo al derecho a percibir prestaciones sociales entre los nacionales franceses o los nacionales de un país firmante de un acuerdo de reciprocidad y otros nacionales extranjeros, no se basaba en una "justificación objetiva y razonable" (véase, por el contrario, *Moustaquim c. Bélgica*, sentencia de 18 de febrero de 1991, Serie A N.º 193, p. 20, párr. 49). Aunque en ese momento Francia no se encontraba sujeta a acuerdos de reciprocidad con Costa de Marfil, al ratificar el Convenio se comprometió a garantizar "a todas las personas dentro [...] de su jurisdicción", en la que el

demandante indiscutiblemente se encontraba, los derechos y las libertades definidos en el Título I del Convenio (véase el asunto *Gaygusuz*, anteriormente citado, p. 1143, párr. 51).

50. Por consiguiente, se ha producido la violación del Artículo 14 del Convenio, conjuntamente con el Artículo 1 del Protocolo N.º 1. [...]

## **2. Protección del derecho a la seguridad social a través del derecho a la vida familiar**

En lo referente a las prestaciones a los niños, el TEDH consideró la existencia de un trato diferente a las distintas categorías de extranjeros, contrariamente a lo establecido por el principio de no discriminación.

### **Niedzwiecki c. Alemania (*Niedzwiecki v. Germany*), TEDH, Demanda N.º 58453/00, Sentencia de 25 de octubre de 2005**

31. Mediante la concesión de prestaciones a los niños, los Estados pueden demostrar su respeto a la vida familiar conforme al significado del Artículo 8 del Convenio. Las prestaciones, por consiguiente, entran dentro del alcance de tal disposición [...]. En tal sentido, el Artículo 14, tomado conjuntamente con el Artículo 8, resulta de aplicación.

32. Conforme a la jurisprudencia dictada por los Tribunales, a los efectos del Artículo 14 del Convenio se considerará discriminatorio un trato diferente si "carece de una justificación objetiva y razonable", es decir, si no persigue una "finalidad legítima" o si no existe una "relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad buscada". Los Estados Contratantes disfrutaban de cierto margen de apreciación a la hora de valorar si y en qué medida las diferencias en situaciones de otro modo similares justifican un trato diferente (véase, entre otras fuentes, *Willis*, anteriormente citada, párr. 39).

33. [...] Al igual que el Tribunal Constitucional Federal, el Tribunal no observa motivos suficientes para justificar un trato diferente en lo relativo a las prestaciones a los hijos de extranjeros en posesión de un permiso de residencia estable con respecto a los hijos de extranjeros que carecen de dicho permiso. Resuelve que se ha producido una violación del Artículo 14 conjuntamente con el Artículo 8 del Convenio [...]

En lo referente a las prestaciones por maternidad, el TEDH ha decidido que no se deberá realizar distinción alguna basada sobre la nacionalidad de los padres.

### **Weller c. Hungría (*Weller v. Hungary*), TEDH, Demanda N.º 44399/05, Sentencia de 31 de marzo de 2009**

37. El Tribunal observa que, sobre la base de las disposiciones aplicables de la Ley, una familia con hijos de una madre húngara y un padre extranjero tiene derecho a percibir prestaciones por maternidad. No obstante, esta no era la situación del segundo y tercer demandantes, puesto que su padre era húngaro y su madre era extranjera. En tal sentido, sobre la base de tal diferencia, no percibieron prestación alguna por maternidad.

38. El Tribunal no encuentra justificación razonable alguna a dicha práctica. Considera que el derecho de una familia a una prestación conforme a los artículos 1 y 2 de la Ley no puede depender de cuál de los padres biológicos de los niños es de nacionalidad húngara. El Tribunal añadiría que resulta irrelevante que, a partir del 1 de enero de 2008, la madre del demandante tuviera derecho a percibir la prestación en las mismas condiciones que los nacionales húngaros porque, llegado ese momento, no podría reclamarla debido a que la solicitud debía presentarse en un plazo de 180 días desde el nacimiento del niño y no se podía solicitar con efecto retroactivo.

39. En resumen, puesto que el gobierno no presentó argumento convincente alguno que justificara la exclusión de la prestación en cuestión al segundo y tercer demandantes, el Tribunal concluyó que la diferencia de trato constituía una situación de discriminación. [...]

El TEDH ha considerado en numerosas ocasiones que el derecho a respetar la vida familiar podrá implicar la concesión a los padres de acceso a prestaciones sociales, aun cuando inicialmente no les correspondiera.

**N. P. c. la República de Moldova ([N.P. v. The Republic of Moldova](#)), TEDH, Demanda N.º 58455/13, Sentencia de 6 de octubre de 2015**

79. Además, no existe indicación alguna de que las autoridades judiciales hayan analizado en profundidad la medida en que las deficiencias en la crianza del niño fueran atribuibles a la incapacidad de la demandante de prestar la asistencia requerida o a su negativa a hacerlo, en contraposición a sus dificultades económicas, a las que hacía referencia en el procedimiento nacional, y que se podrían haber superado mediante la prestación de la asistencia financiera y social oportuna y un asesoramiento efectivo [...]

80. No corresponde al Tribunal determinar si en este caso la protección de la unidad familiar confería derecho a la demandante a un nivel de vida adecuado a costa del gasto público. Pero sí constituye un asunto que debe ser discutido por las autoridades públicas correspondientes y posteriormente estudiado en el curso de un procedimiento judicial. No existe evidencia alguna en el expediente del caso que demuestre que tales cuestiones llegaran a ser consideradas por las autoridades ni por los tribunales.

81. [...] El Tribunal considera que la obtención de información constituía una obligación conforme a la legislación nacional (véanse los párrafos 37 y 40 anteriores) y que habría resultado oportuno para evaluar si las autoridades habían cumplido su obligación establecida en el Convenio de fomentar la vida familiar y si habían analizado suficientemente la eficacia de alternativas de menor alcance antes de tratar de separar al niño de la demandante mediante la retirada de la patria potestad [...]

### **3. Hijos de migrantes (indocumentados)**

Existe un grupo de niños que requiere una mención aparte: los hijos de migrantes (indocumentados). Estos niños pueden tener la nacionalidad del Estado, pero quedan excluidos de la obtención de prestaciones sociales y de la seguridad social debido a la situación de residencia de sus padres. En este caso, la discriminación puede ser directa cuando, por ejemplo, las prestaciones se deban conceder a sus padres, pero también indirecta, si a los padres no se les permite obtener ingresos, lo cual afectará al hijo. La primera cuestión se ha discutido anteriormente a la hora de analizar la discriminación indirecta. La segunda cuestión constituye un asunto a menudo interrelacionado con aspectos relativos a la situación de residencia.

El TJUE ha abordado la cuestión de la residencia de los niños con ciudadanía europea en diversas ocasiones. En el asunto *Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, el Tribunal resolvió que se debería permitir trabajar al padre (con residencia irregular) de un ciudadano europeo cuando, si no fuera así, el ciudadano europeo se vería en la obligación de abandonar el territorio de la UE.

**Gerardo Ruiz Zambrano contra Office national d l'emploi (ONEm) [[Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi \(ONEm\)](#)], TJUE, Asunto C-34/09, sentencia del 8 de marzo de 2011**

40. El artículo 20 TFUE confiere el estatuto de ciudadano de la Unión a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro (...) Al tener la nacionalidad belga el segundo y tercer hijos del demandante en el litigio principal tienen derecho a este estatuto de manera incontestable (...)

41. El Tribunal de Justicia ha señalado en diversas ocasiones que la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros (...)

42. En estas circunstancias, el artículo 20 TFUE se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los

derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión (véase, en este sentido, en particular, la sentencia Rottmann, antes citada, apartado 42).

43. Pues bien, la negativa a conceder un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el que residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a concederle un permiso de trabajo, tienen tal efecto.

44. En efecto, debe considerarse que tal denegación del permiso de residencia tendrá como consecuencia que los mencionados menores, ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores. Del mismo modo, si no se concede un permiso de trabajo a tal persona, ésta corre el riesgo de no disponer de los recursos necesarios para poder satisfacer sus propias necesidades y las de su familia, lo que tendrá también como consecuencia que sus hijos, ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de ésta. En tales circunstancias, estos ciudadanos de la Unión se verán, de hecho, en la imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos de la Unión.

45. Por consiguiente, procede responder a las cuestiones planteadas que el artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro, por un lado, deniegue a un nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, deniegue a dicho nacional de un Estado tercero un permiso de trabajo, en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión (...)

En una sentencia posterior, el TJUE añadió que se deberá permitir al encargado principal del cuidado del niño residir en el Estado del ciudadano europeo, con independencia de la residencia legal del otro progenitor.

**Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de octubre de 2013 ([Adzo Domenyo Alokpa, Jarel Moudoulou, Eja Moudoulou v Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration](#)), TJUE, asunto C-86/12**

30. En el caso de autos, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si los hijos de la Sra. Alokpa cumplen los requisitos establecidos en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2004/38 y, en consecuencia, gozan del derecho a residir en el Estado miembro de acogida en virtud del artículo 21 TFUE. En particular, dicho órgano jurisdiccional debe verificar si los menores en cuestión disponen, por sí mismos o gracias a su madre, de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos, en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38 (...)

33. Así pues, si el órgano jurisdiccional remitente constata que el artículo 21 TFUE no se opone a que se deniegue a la Sra. Alokpa el derecho a residir en el territorio luxemburgués, dicho órgano jurisdiccional deberá verificar asimismo si puede concedérsele no obstante tal derecho de residencia con carácter excepcional si de no hacerlo se vulneraría el efecto útil de la ciudadanía de la Unión de la que disfrutaban los hijos de la interesada, dado que, a consecuencia de esa denegación, los menores en cuestión se verían obligados de hecho a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, siendo privados del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por ese estatuto.

34. A este respecto, tal como ha señalado el Abogado General en los puntos 55 y 56 de sus conclusiones, la Sra. Alokpa, en su condición de madre de Jarel y de Eja Moudoulou y como persona que se ocupa en solitario del cuidado efectivo de éstos desde su nacimiento, podría beneficiarse de un derecho derivado a acompañarles y a residir con ellos en el territorio francés.

35. De ello se desprende que, en principio, si las autoridades luxemburguesas denegasen a la Sra. Alokpa el derecho de residencia, sus hijos no se verían obligados por este hecho a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto. Corresponde no obstante al órgano



jurisdiccional remitente verificar que así sucede en este caso habida cuenta de todas las circunstancias del litigio principal (...)

Aunque en la sentencia correspondiente al asunto Zambrano y Alokpa el tribunal resolvió que no debería existir dependencia alguna de los servicios públicos, la sentencia dictada en el asunto *Secretario de Estado del Ministerio del Interior c. NA* compartió la opinión del Abogado General en el sentido de que la disposición de recursos suficientes no excluye la obtención de ingresos procedentes de prestaciones sociales.

**Secretario de Estado del Ministerio del Interior c. NA (*Secretary of State for the Home Department v. NA*). TJUE, asunto C-115/15. Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet**

87. En la sentencia Alokpa y Moudoulou (C-86/12, EU:C:2013:645), el Tribunal de Justicia recordó que, en una situación en la que un ciudadano de la Unión había nacido en el Estado miembro de acogida y no había ejercitado su derecho a la libre circulación, la expresión «dispone de recursos suficientes», que figura en el artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38 y que condicionan la legalidad de un derecho de residencia por más de tres meses, «debía interpretarse en el sentido de que basta con que los ciudadanos de la Unión tengan a su disposición tales recursos, sin que esta disposición implique la más mínima exigencia en cuanto a su procedencia, pudiendo estos últimos provenir especialmente de un ciudadano de un Estado tercero progenitor de los ciudadanos de corta edad de que se trate».

88. De dicha constatación se desprende una jurisprudencia reiterada en virtud de la cual «del mismo modo en que el artículo 21 TFUE y la Directiva 2004/38 confieren un derecho a residir en el Estado miembro de acogida al menor de corta edad nacional de otro Estado miembro que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 7, apartado 1, letra b), de dicha Directiva, estas mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho nacional resida con él en el Estado miembro de acogida».

89. En efecto, «la negativa a permitir que el progenitor, nacional de un Estado miembro o de un Estado tercero, que se ocupa del cuidado efectivo de un ciudadano de la Unión menor de edad resida con éste en el Estado miembro de acogida privaría de todo efecto útil al derecho de residencia del menor, dado que el disfrute de un derecho de residencia por un niño de corta edad implica necesariamente que el niño tenga derecho a ser acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pueda residir con él en el Estado miembro de acogida durante su estancia en éste».

90. Dado que la situación fáctica del litigio principal es análoga, no encuentro ninguna razón para apartarme de esta consolidada jurisprudencia y de la consecuencia de que corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si los hijos de NA cumplen los requisitos establecidos en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2004/38 y, por tanto, gozan del derecho a residir en el Estado miembro de acogida en virtud del artículo 21 TFUE.

91. Por tanto, se trata, «en particular, [de] verificar si los menores en cuestión disponen, por sí mismos o gracias a su madre, de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos, en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38» (...)

El TEDH aplica un planteamiento similar sobre el derecho de residencia ante la dependencia de las prestaciones:

**Jeunesse c. los Países Bajos (*Jeunesse v. The Netherlands*), TEDH, Demanda N.º 12738/10, Sentencia de 3 de octubre de 2014**

119. Teniendo en cuenta que la demandante asume el cargo de los niños de forma diaria, resulta obvio que los intereses de dichos niños quedarían protegidos del mejor modo si sus circunstancias actuales no se interrumpieran mediante una reubicación forzosa de su madre de los Países Bajos a Surinam o mediante la interrupción de su relación con ella como

consecuencia de una futura separación [...] La demandante, en calidad de madre y ama de casa, es la persona que se ocupa de forma esencial y constante del cuidado efectivo de los niños, quienes se encuentran profundamente arraigados en los Países Bajos, país del que, al igual que su padre, son nacionales. Del material obrante en el expediente del caso no se desprende relación directa alguna entre los niños de la demandante y Surinam, país en el que nunca han estado.

120. A la hora de examinar si existían obstáculos insalvables para que la demandante y su familia se instalaran en Surinam, las autoridades nacionales tuvieron en cierto modo en cuenta la situación de los hijos de la demandante [...] No obstante, el Tribunal considera que no llegaban a cumplir los requisitos necesarios en tales casos y [...] concluyó que la decisión de las autoridades nacionales no confirió importancia suficiente al interés superior de los hijos de la demandante cuando rechazó su solicitud de un permiso de residencia.

121. La cuestión principal en este caso es si, teniendo en cuenta el margen de apreciación proporcionado a los Estados en materia de inmigración, se ha alcanzado un equilibrio justo entre los intereses opuestos en juego. Es decir, los intereses personales de la demandante, su marido y sus hijos, a la hora de mantener su vida familiar en los Países Bajos, por una parte, y los intereses del orden público del Gobierno demandado, a la hora de controlar la inmigración, por otra. Teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, resulta cuestionable si las consideraciones generales de la política de inmigración pueden constituir justificación suficiente para rechazar la residencia de la solicitante en los Países Bajos [...]

Tras la sentencia Zambrano (anteriormente citada), las autoridades neerlandesas han aplicado un criterio severo permitiendo únicamente la residencia del progenitor responsable del cuidado diario del niño, si el otro progenitor no es capaz de asumir tal función. Varios casos referentes a denegaciones de diversas prestaciones han resultado en la solicitud por el Consejo Central de Apelación de una sentencia preliminar de referencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre la aplicación de dicho criterio severo en 2015. El tribunal confirmó la regla internacional en virtud de la cual los intereses del menor deberán constituir una consideración principal:

**Chavez-Vilchez y otros c. los Países Bajos (*Chavez-Vilchez and others v. The Netherlands*, TJUE, asunto C-133/15, sentencia de 10 de mayo de 2017**

73. Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro supedite el derecho de residencia en su territorio de un nacional de un país tercero, progenitor de un niño menor que posee la nacionalidad de dicho Estado miembro, y que se encarga de su cuidado diario y efectivo, a la obligación de que ese nacional acredite que el otro progenitor, nacional del referido Estado miembro, no puede encargarse del cuidado diario y efectivo del menor.

74. Según el Gobierno neerlandés, en virtud de la regla general de que quien invoca determinados derechos debe acreditar que son aplicables a su situación, regla admitida en el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de mayo de 2013, Alarape y Tijani, C-529/11, EU:C:2013:290, apartado 38, y de 16 de enero de 2014, Reyes, C-423/12, EU:C:2014:16, apartados 25 a 27), la carga de la prueba de la existencia de un derecho de residencia basado en el artículo 20 TFUE incumbe a las demandantes en los litigios principales. A juicio del Gobierno neerlandés, corresponde a éstas demostrar que, debido a obstáculos objetivos que impiden al progenitor ciudadano de la Unión hacerse cargo concretamente del menor, éste es hasta tal punto dependiente del progenitor nacional de un país tercero que una negativa a reconocer a este último un derecho de residencia tendría como efecto obligar al menor a abandonar, de hecho, el territorio de la Unión.

75. A este respecto, procede señalar que, en caso de que un nacional de un país tercero, progenitor de un menor nacional de un Estado miembro, de cuyo cuidado se encarga diaria y efectivamente, quiera obtener de las autoridades competentes de dicho Estado miembro el reconocimiento de un derecho de residencia derivado basado en el artículo 20 TFUE, le incumbe al referido progenitor aportar los datos que permitan apreciar si se cumplen los requisitos de aplicación del antedicho artículo, en particular, los que acrediten que una

decisión que deniegue el derecho de residencia al progenitor nacional de un país tercero privaría al menor del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión, obligándole a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto.

76. Sin embargo, como ha señalado la Comisión Europea, aunque, en principio, corresponde al progenitor nacional de un país tercero aportar los datos que demuestren que del artículo 20 TFUE se deriva un derecho de residencia en su favor y, en particular, que acrediten que, en caso de denegación de la residencia, el menor se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión, no es menos cierto que, al apreciar los requisitos necesarios para que dicho nacional pueda gozar de ese derecho de residencia, las autoridades nacionales competentes deben garantizar que la aplicación de una normativa nacional relativa a la carga de la prueba, como la aplicable en los litigios principales, no pueda poner en peligro el efecto útil del artículo 20 TFUE.

77. Por tanto, la aplicación de una normativa nacional relativa a la carga de la prueba de esas características no dispensa a la autoridades del Estado miembro de que se trate de proceder, basándose en los elementos aportados por el nacional de un país tercero, a las investigaciones necesarias para determinar dónde reside el progenitor nacional de dicho Estado miembro y para examinar, por una parte, si éste es o no realmente capaz de asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor y está dispuesto a ello, y, por otra parte, si existe o no, una relación de dependencia tal entre el menor y el progenitor nacional de un país tercero que una decisión que deniegue el derecho de residencia a éste privaría al menor del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos vinculados a su estatuto de ciudadano de la Unión obligándole a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto.

#### **IV. EL DERECHO AL DISFRUTE DEL MÁS ALTO NIVEL POSIBLE DE SALUD**

Los migrantes se enfrentan a gran cantidad de desafíos en lo referente al derecho a la salud. Por diversos motivos, se ven excluidos de los sistemas de asistencia sanitaria regular, lo que deriva en la disposición de acceso a una asistencia médica de emergencia, pero no de tipo preventivo. Esta distinción afectará a migrantes vulnerables, especialmente a los niños. Los migrantes en situación de refugiados o solicitantes de asilo se enfrentan a menudo a problemas médicos más graves relacionados con el trauma y los periodos prolongados durante los cuales no han tenido a su alcance ningún tratamiento médico eficaz. Esta situación afecta a la necesidad de acceder a una atención médica adecuada a través de los sistemas de asistencia sanitaria.

Si bien no existe derecho alguno a estar sano, el derecho a la salud es fundamental para la supervivencia del ser humano. El CDESC describe el derecho a la salud en su Observación General N.º 14:

**CDESC, Observación General N.º 14 ([General Comment No. 14](#)). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Doc. de la ONU E/C.12/2000/4**

3. El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud.

4. (...) La referencia que en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto se hace al "más alto nivel posible de salud física y mental" no se limita al derecho a la atención de la salud. Por el contrario, el historial de la elaboración y la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida

sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano. (...)

8. El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano (...)

Las obligaciones descritas por el CDESC en relación con los niños, dada su necesidad de desarrollarse, abarcan la atención médica tanto preventiva como reactiva. Un planteamiento reactivo que tan solo ofrezca asistencia médica de emergencia no es suficiente.

**CDESC, Observación General N.º 14 (General Comment No. 14). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Doc. de la ONU E/C.12/2000/4**

22. En el apartado a) del párrafo 2 del artículo 12 se pone de manifiesto la necesidad de adoptar medidas para reducir la mortalidad y la mortalidad infantil y promover el sano desarrollo de los niños. En los posteriores instrumentos internacionales de derechos humanos se reconoce que los niños y los adolescentes tienen derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y al acceso a centros de tratamiento de enfermedades. En la Convención sobre los Derechos del Niño se exhorta a los Estados a que garanticen el acceso a los servicios esenciales de salud para el niño y su familia, incluida la atención anterior y posterior al parto de la madre. La Convención vincula esos objetivos con el acceso a la información, respetuosa del niño, sobre prevención y fomento de la salud y la prestación de ayuda a las familias y comunidades para poner en práctica esas medidas. La aplicación del principio de no discriminación requiere que tanto las niñas como los niños tengan igual acceso a una alimentación adecuada, un entorno seguro y servicios de salud física y mental. (...)

23. Los Estados Partes deben proporcionar a los adolescentes un entorno seguro y propicio que les permita participar en la adopción de decisiones que afectan a su salud, adquirir experiencia, tener acceso a la información adecuada, recibir consejos y negociar sobre las cuestiones que afectan a su salud. El ejercicio del derecho a la salud de los adolescentes depende de una atención respetuosa de la salud de los jóvenes que tiene en cuenta la confidencialidad y la vida privada y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva.

24. La consideración primordial en todos los programas y políticas con miras a garantizar el derecho a la salud del niño y el adolescente será el interés superior del niño y el adolescente. (...)

Asimismo, en lo referente al derecho a la salud, el CDESC describe las obligaciones fundamentales mínimas:

**CDESC, Observación General N.º 14 (General Comment No. 14). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Doc. de la ONU E/C.12/2000/4**

43. En la observación general N.º 3, el Comité confirma que los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud (...) entre esas obligaciones básicas figuran, como mínimo, las siguientes:

- (a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;
- (b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre;
- (c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable;

(d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS;

(e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;

44. El Comité confirma asimismo que entre las obligaciones de prioridad comparables figuran las siguientes:

(a) Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil;

(b) Proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que tienen lugar en la comunidad;

(c) (...)

## **El derecho a la salud: no discriminación**

A partir de esta descripción, queda claro que el derecho a la salud no es un derecho aislado, sino que está estrechamente relacionado con otros derechos humanos y se deberá aplicar sin ningún tipo de discriminación:

### **CDESC, Observación General N.º 14 ([General Comment No. 14](#)). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Doc. de la ONU E/C.12/2000/4**

11. 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 (...)

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 (...)

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 (...)

34. En particular, los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado (...)

En su reciente jurisprudencia el CDESC ha resuelto que resulta contrario a la Carta Social Europea diferenciar entre dos tipos de condición de niños migrantes cuando se refiere al acceso a la atención sanitaria. El siguiente caso constituye el primero en el que el CDESC ha ampliado el alcance de la protección del Anexo a la Carta Social Europea para incluir a niños migrantes inocuementados. Posteriormente, este criterio ha quedado confirmado en el asunto de DCI c. los Países Bajos y, en lo

referente a adultos, en el asunto Conferencia de Iglesias Europeas c. los Países Bajos (*casos citados en las páginas. 10, 18, 23, 24*).

**FIDH c. Francia (*FIDH v. France*), Comité Europeo de Derechos Sociales, Reclamación N.º 14/2003, Decisión de 8 de septiembre de 2004**

29. Así pues, la Carta se debe interpretar de tal forma que se confiera vida y significado a los derechos sociales fundamentales. De lo antedicho se deduce que las restricciones sobre los derechos se deberán leer en términos restrictivos. Es decir, se deberán interpretar de tal modo que se preserve de manera intacta la esencia del derecho y se alcance el propósito general de la Carta.

30. En lo que se refiere a la presente reclamación, el Comité debe decidir de qué forma la restricción aplicable del Apéndice se debe leer, dado el propósito fundamental de la Carta anteriormente definido. La restricción afecta a una amplia variedad de derechos sociales recogidos en los Artículos 1 a 17 y lo hace de manera diferente. En este caso en concreto, afecta a un derecho de importancia fundamental para la persona, puesto que guarda relación con el derecho a la vida propiamente dicho y atañe a la propia dignidad del ser humano. Además, la restricción en este caso afecta de manera negativa a los niños que se ven expuestos al riesgo de no recibir tratamiento médico [...]

32. El Comité mantiene que la legislación o la práctica que deniegue el derecho a recibir asistencia médica a nacionales extranjeros en el territorio de un Estado Parte, aun cuando se encuentren en situación irregular, resulta contraria a la Carta [...]

35. En lo referente al Artículo 17, el Comité recuerda que diversas disposiciones de la Carta Revisada garantizan los derechos de los niños y los adolescentes [...]

36. El Artículo 17 de la Carta Revisada está directamente inspirado en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Protege en términos generales el derecho de los niños y de los adolescentes, incluidos menores no acompañados, a ser atendidos y recibir asistencia. No obstante, el Comité observa que:

- a) la asistencia médica al grupo destinatario anteriormente indicado en Francia está limitada a situaciones que impliquen una amenaza inmediata para la vida;
- b) los hijos de migrantes irregulares solo podrán ser admitidos al programa de asistencia médica una vez transcurrido un plazo determinado;

37. Por dichos motivos, el Comité considera que la situación infringe el Artículo 17 [...]

Como se ha mencionado anteriormente, los derechos de los migrantes recogidos en la Carta Social Europea se encuentran a menudo interrelacionados con asuntos relativos al derecho de residencia. Este fue el caso en lo referente a un tratamiento médico en el asunto N. c. el Reino Unido. El TEDH se enfrentó a la cuestión de si un tratamiento médico menos efectivo en el país de origen daría derecho a un migrante a obtener la residencia en el Reino Unido. La conclusión alcanzada en este asunto (y en otros) fue que la falta de un tratamiento médico efectivo en general no da lugar al derecho de residencia (ni impide el retorno forzoso del migrante).

**Asunto N. c. el Reino Unido, TEDH (*N. v. The United Kingdom*). Demanda N.º 26565/05, sentencia de 27 de mayo de 2008**

42. (...) El hecho de que en caso de expulsión del Estado contratante la situación del demandante se degradaría de forma importante y se reduciría significativamente su esperanza de vida, no es suficiente en sí mismo para vulnerar el artículo 3. La decisión de expulsar a un extranjero aquejado de una enfermedad física o mental grave a un país en el que los medios para tratar esta enfermedad son inferiores a los disponibles en el Estado contratante, puede plantear una cuestión desde el punto de vista del artículo 3, pero solamente en casos muy excepcionales, cuando las consideraciones humanitarias que militan a favor de la no expulsión son imperiosas (...)

44. (...) El progreso de la medicina y las diferencias socio-económicas entre los países hacen que el nivel de tratamiento disponible en el Estado contratante y el que existe en el país de origen pueda variar considerablemente. Si bien el Tribunal, habida cuenta de la importancia

fundamental del artículo 3 en el sistema del Convenio, ha de continuar haciendo uso de cierta flexibilidad al objeto de impedir la expulsión en casos muy excepcionales, el artículo 3 no impone al Estado contratante la obligación de paliar tal disparidad proporcionando asistencia sanitaria gratuita e ilimitada a todos los extranjeros que carecen del derecho a permanecer en su territorio. Concluir lo contrario impondría una carga demasiado pesada a los Estados contratantes (...)

## V. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

El derecho a la educación aparece en tratados de derechos tanto civiles como políticos, así como en tratados relativos a derechos económicos, sociales y culturales. Si bien los tratados difieren en la manera de describir el derecho a la educación, los elementos de acceso gratuito a la educación y la elección parental de los colegios por parte de los padres están presentes en todos ellos.

### **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ([International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights](#)), (ICESCR), artículo 13**

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales (...)
2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:
  - (a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
  - (b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; (...)
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.  
(...)

### **Convención Internacional sobre los Derechos del Niño [[Convention on the Rights of the Child \(CRC\)](#)], Artículo 28**

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:
  - (a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
  - (b) Fomentar el desarrollo en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
  - (c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;
  - (d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;(...)

**Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ([Protocol 1 of the European Convention on Human Rights](#)) (CEDH) Artículo 2**

A nadie se le puede negar el derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.

El derecho a la educación está reconocido como un derecho crucial para el desarrollo de las personas, así como para la comprensión y protección de (otros) derechos humanos.

**CDESC, Observación General N.º 13 ([General Comment No. 13](#)), El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto). Doc. de la ONU E/C.12/1999/10**

1. La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en (...) la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico (...).

4. Los Estados Partes convienen en que toda la enseñanza, ya sea pública o privada, escolar o extraescolar, debe orientarse hacia los propósitos y objetivos que se definen en el párrafo 1 del artículo 13 (...) la educación debe orientarse al desarrollo del sentido de la dignidad de la personalidad humana, debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre y debe favorecer la comprensión entre todos los grupos étnicos, y entre las naciones y los grupos raciales y religiosos. (...) acaso el fundamental sea el que afirma que "la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana" (...)

9. Para la interpretación correcta de "enseñanza primaria", el Comité se guía por la Declaración Mundial sobre Educación para Todos, donde se afirma: "El principal sistema para impartir la educación básica fuera de la familia es la escuela primaria. La educación primaria debe ser universal, garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de aprendizaje de todos los niños (...)

12. Aunque el contenido de la enseñanza secundaria varía entre los Estados Partes y con el correr del tiempo, implica la conclusión de la educación básica y la consolidación de los fundamentos del desarrollo humano y del aprendizaje a lo largo de toda la vida. Prepara a los estudiantes para la enseñanza superior y profesional (...)

13. De conformidad con el apartado b) del párrafo 2 del artículo 13, la enseñanza secundaria debe "ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita". La expresión "generalizada" significa, en primer lugar, que la enseñanza secundaria no depende de la aptitud o idoneidad aparentes de un alumno y en segundo lugar, que se impartirá en todo el Estado de forma tal que todos puedan acceder a ella en igualdad de condiciones (...)

**CRC, Observación General N.º 1 ([General Comment No. 1](#)), párrafo 1 del artículo 29: Propósitos de la educación. Doc. de la ONU CRC/GC/2001/1**

9. En tercer lugar, si en el artículo 28 se destacan las obligaciones de los Estados Partes en relación con el establecimiento de sistemas educativos y con las garantías de acceso a ellos, en el párrafo 1 del artículo 29 se subraya el derecho individual y subjetivo a una determinada calidad de la educación. En armonía con la importancia que se atribuye en la Convención a la actuación en bien del interés superior del niño, en este artículo se destaca que la enseñanza debe girar en torno al niño: que el objetivo principal de la educación es el desarrollo de la personalidad de cada niño, de sus dotes naturales y capacidad, reconociéndose el hecho de que cada niño tiene características, intereses y capacidades únicas y también necesidades de aprendizaje propias. Por lo tanto, el programa de estudios



debe guardar una relación directa con el marco social, cultural, ambiental y económico del niño y con sus necesidades presentes y futuras, y tomar plenamente en cuenta las aptitudes en evolución del niño; los métodos pedagógicos deben adaptarse a las distintas necesidades de los distintos niños. La educación también debe tener por objeto velar por que se asegure a cada niño la preparación fundamental para la vida activa y porque ningún niño termine su escolaridad sin contar con los elementos básicos que le permitan hacer frente a las dificultades con las que previsiblemente se topará en su camino. Los conocimientos básicos no se limitan a la alfabetización y a la aritmética elemental sino que comprenden también la preparación para la vida activa, por ejemplo, la capacidad de adoptar decisiones ponderadas; resolver conflictos de forma no violenta; llevar una vida sana, tener relaciones sociales satisfactorias y asumir responsabilidades, desarrollar el sentido crítico, dotes creativas y otras aptitudes que den a los niños las herramientas necesarias para llevar adelante sus opciones vitales (...)

Aunque existen amplios objetivos del derecho a la educación que se deben alcanzar mediante su realización progresiva, existen cuestiones concretas con efecto inmediato.

**CDESC, Observación General N.º 13 (General Comment No. 13), El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto). Doc. de la ONU E/C.12/1999/10**

43. Si bien el Pacto dispone su puesta en práctica gradual y reconoce las restricciones debidas a las limitaciones de los recursos disponibles, impone también a los Estados Partes diversas obligaciones con efecto inmediato. Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas respecto del derecho a la educación, como la "garantía" del "ejercicio de los derechos... sin discriminación alguna" (párrafo 2 del artículo 2) y la obligación de "adoptar medidas" (párrafo 1 del artículo 2) para lograr la plena aplicación del artículo 13. Estas medidas han de ser "deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible" hacia el pleno ejercicio del derecho a la educación.

44. El ejercicio del derecho a la educación a lo largo del tiempo, es decir, "gradualmente", no debe interpretarse como una pérdida del sentido de las obligaciones de los Estados Partes. Realización gradual quiere decir que los Estados Partes tienen la obligación concreta y permanente "de proceder lo más expedita y eficazmente posible" para la plena aplicación del artículo 13.

45. La admisión de medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la educación, y otros derechos enunciados en el Pacto, es objeto de grandes prevenciones. Si deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte (...)

52. En cuanto a los apartados b) a d) del párrafo 2 del artículo 13, los Estados Partes tienen la obligación inmediata de "adoptar medidas" (párrafo 1 del artículo 2) para implantar la enseñanza secundaria, superior y fundamental para todos en su jurisdicción. Como mínimo, el Estado Parte debe adoptar y aplicar una estrategia nacional de educación que establezca la enseñanza secundaria, superior y fundamental, de conformidad con el Pacto. Esta estrategia debe contar con mecanismos, como indicadores y criterios de referencia, relativos al derecho a la educación que permitan una supervisión estricta de los progresos realizados.

Dada la importancia de la educación, es igualmente importante que todas las personas tengan el mismo acceso a la educación, independientemente de las posibilidades financieras o de la elección realizada por la persona encargada de su cuidado o el Gobierno.

**CDESC, Observación General N.º 11 (General Comment No. 11). Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Doc. de la ONU E/1992/23**

6. Obligatoriedad. El elemento de obligatoriedad sirve para destacar el hecho de que ni los padres ni los tutores, ni el Estado, tienen derecho a tratar como optativa la decisión de si el niño debería tener acceso a la enseñanza primaria (...) Sin embargo, debería subrayarse que la obligatoriedad solamente se puede justificar si la educación ofrecida es de calidad adecuada, es pertinente para el niño y promueve la realización de otros derechos del niño.

7. Gratuidad. El carácter de este requisito es inequívoco. El derecho se formula de manera expresa para asegurar la disponibilidad de enseñanza primaria gratuita para el niño, los padres o los tutores. Los derechos de matrícula impuestos por el Gobierno, las autoridades locales o la escuela, así como otros costos directos, son desincentivos del disfrute del derecho que pueden poner en peligro su realización. Con frecuencia pueden tener también efectos altamente regresivos. Su eliminación es una cuestión que debe ser tratada en el necesario plan de acción. Los gastos indirectos, tales como los derechos obligatorios cargados a los padres (que en ocasiones se presentan como voluntarios cuando de hecho no lo son) o la obligación de llevar un uniforme relativamente caro, también pueden entrar en la misma categoría. Otros gastos indirectos pueden ser permisibles, a reserva de que el Comité los examine caso por caso (...)

No solamente la educación primaria debería ser gratuita, sino que la educación secundaria también debería serlo de manera progresiva. En el asunto *Ponomaryovi c. Bulgaria*, el TEDH vincula el derecho de acceso –gratuito– a la educación con la creciente importancia de la educación secundaria en una sociedad moderna.

**Ponomaryovi. c. Bulgaria (*Ponomaryovi v. Bulgaria*, TEDH, Demanda N.º 5335/05, Sentencia de 21 de junio de 2011)**

57. La educación secundaria, que constituye la cuestión principal en este asunto, se encuentra entre ambos extremos. La distinción queda confirmada mediante la diferencia en la redacción de los subapartados (a), (b) y (c) del Artículo 28, apartado 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. En tal sentido, el subapartado (a) exige a los Estados “[I]mplantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos”, mientras que en los apartados (b) y (c) se les solicita “[f]omentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria (...) y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad]” y “[h]acer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados” (véase el apartado 33 anterior). [...] No obstante, el Tribunal ha tenido presente el hecho de que ante la existencia cada vez mayor número de países dirigiéndose en la actualidad hacia lo que se ha denominado una sociedad “basada en el conocimiento”, la educación secundaria desempeña un papel cada vez mayor en el desarrollo personal satisfactorio y en la integración social y profesional de las personas implicadas. De hecho, en una sociedad moderna, el hecho de disponer tan solo de conocimientos y aptitudes básicas constituye una barrera al desarrollo satisfactorio personal y profesional, impide que las personas implicadas se adapten a su entorno y conlleva consecuencias trascendentes para su bienestar social y económico.

Si bien la obligación de ofrecer una enseñanza secundaria gratuita es de naturaleza progresiva, se encuentra restringida por las limitaciones impuestas por la prohibición de tomar medidas deliberadamente regresivas. Esto significa que, tras la consecución de una educación secundaria gratuita, tal logro solo se podrá revertir en situaciones extremas (económicas o de otro tipo).

***No discriminación y el derecho a la educación***

El derecho a la educación resulta de aplicación a todas las categorías de no ciudadanos, con independencia de su situación: refugiados, solicitantes de asilo, migrantes regulares y migrantes indocumentados (véase también *Timishev c. Rusia* a continuación).

**CRC, Observación General N.º 1 ([General Comment No. 1](#)), párrafo 1 del artículo 29: Propósitos de la educación. Doc. de la ONU CRC/GC/2001/1**

10. La discriminación basada en cualquiera de los motivos que figuran en el artículo 2 de la Convención, bien sea de forma manifiesta o larvada, atenta contra la dignidad humana del niño y puede debilitar, e incluso destruir, su capacidad de beneficiarse de las oportunidades de la educación (...)

Y:

**CDESC, Observación General N.º 13 ([General Comment No. 13](#)), El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto). Doc. de la ONU E/C.12/1999/10**

24. Debe hacerse hincapié en que el goce del derecho a la educación fundamental no está limitado por la edad ni el sexo; se aplica a niños, jóvenes y adultos, incluidas las personas mayores (...)

31. La prohibición de la discriminación, consagrada en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente (...)

34. El Comité (...) confirma que el principio de la no discriminación se aplica a todas las personas en edad escolar que residan en el territorio de un Estado Parte, comprendidos los no nacionales y con independencia de su situación jurídica (...)

57. En su Observación general 3, el Comité confirmó que los Estados Partes tienen "una obligación mínima de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos" enunciados en el Pacto, incluidas las "formas más básicas de enseñanza". En el contexto del artículo 13, esta obligación mínima comprende: el velar por el derecho de acceso a las instituciones y programas de enseñanza públicos sin discriminación alguna; por que la enseñanza corresponda a los objetivos expuestos en el párrafo 1 del artículo 13; proporcionar enseñanza primaria a todos, de conformidad con el apartado a) del párrafo 2 del artículo 13 (...)

59. Ejemplos de violaciones del artículo 13 son: la adopción de leyes, o la omisión de revocar leyes que discriminan a individuos o grupos, por cualquiera de los motivos prohibidos, en la esfera de la educación; el no adoptar medidas que hagan frente a una discriminación de hecho en la educación; (...) el no implantar, con carácter prioritario, la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; el no adoptar "medidas deliberadas, concretas y orientadas" hacia la implantación gradual de la enseñanza secundaria, superior y fundamental, de conformidad con los apartados b) a d) del párrafo 2 del artículo 13 (...)

La exclusión de los niños de la educación debido a la falta de registro de sus padres como migrantes regulares infringe el derecho a la educación.

**Timishev c. Rusia ([Timishev v. Russia](#)), TEDH, Demandas N.º 55762/00 y N.º 55974/00, Sentencia de 13 de diciembre de 2005**

64. El Artículo 2 del Protocolo N.º 1 prohíbe la denegación del derecho a la educación. Dicha disposición no establece excepciones y su estructura es similar a la de los Arts. 2 y 3, el Art. 4 apartado 1 y el Art. 7 del Convenio ("Nadie podrá") que, conjuntamente, consagran los valores más fundamentales de las sociedades democráticas que conforman el Consejo de Europa. En una sociedad democrática, el derecho a la educación, indispensable para la promoción de los derechos humanos, desempeña un papel tan fundamental que una interpretación restrictiva de la primera frase del Artículo 2 del Protocolo N.º 1 no resultaría coherente con el objeto o la finalidad de tal disposición (véase Leyla Şahin c. Turquía [Observación General], N.º 44774/98, párr. 137, TEDH 2005-XI). Este derecho se encuentra asimismo recogido en términos similares en otros instrumentos internacionales tales como la

Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículo 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículo 13), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial [Artículo 5 (e) (v)] y la Convención sobre los Derechos del Niño (Artículo 28). No hay duda de que el derecho a la educación garantiza el acceso a la educación primaria, de máxima importancia para el desarrollo del niño.

65. El Tribunal considera que a los hijos del demandante les fue denegada la entrada a la escuela a la que asistían desde hacía dos años. El Gobierno no refutó que la consideración del demandante de que el verdadero motivo de la denegación había sido la entrega de su tarjeta de migración, por lo cual había perdido su derecho a constar registrado como residente de Nalchik.

66. Como se ha indicado anteriormente, el Convenio y sus Protocolos no admiten la denegación del derecho a la educación. El Gobierno confirmó que la legislación rusa no permitía que se impusiera como condición el registro de residencia de sus padres para que los hijos ejercieran tal derecho. Se deduce que a los hijos del demandante se les denegó el derecho a la educación que prevé el derecho local. Por lo tanto, su exclusión de la escuela era incompatible con los requisitos del artículo 2 del Protocolo N.º 1 [...]

En un asunto referente al acceso a la educación secundaria, el TEDH resolvió que la desigualdad sustancial y la falta de alternativas reales en otros países dieron lugar a una situación de discriminación.

**Ponomaryovi c. Bulgaria (*Ponomaryovi v. Bulgaria*), TEDH, Demanda N.º 5335/05, Sentencia de 21 de junio de 2011**

57. La educación secundaria, que constituye la cuestión principal en este asunto, se encuentra entre ambos extremos. La distinción queda confirmada mediante la diferencia en la redacción de los subapartados (a), (b) y (c) del Artículo 28, apartado 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. En tal sentido, el subapartado (a) exige a los Estados “[I]mplantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos”, mientras que en los apartados (b) y (c) se les solicita “[f]omentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria... y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad” y “[h]acer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados” (véase el apartado 33 anterior) [...] No obstante, el Tribunal ha tenido presente el hecho de que ante la existencia de un número cada vez mayor de países dirigiéndose en la actualidad hacia lo que se ha denominado una sociedad “basada en el conocimiento”, la educación secundaria desempeña un papel cada vez mayor en el desarrollo personal satisfactorio y en la integración social y profesional de las personas implicadas. De hecho, en una sociedad moderna, el hecho de disponer tan solo de conocimientos y aptitudes básicas constituye una barrera al desarrollo satisfactorio personal y profesional, impide que las personas implicadas se adapten a su entorno y conlleva consecuencias trascendentes para su bienestar social y económico.

58. Estas consideraciones apoyan la aplicación de un control más estricto por parte del Tribunal sobre la proporcionalidad de las medidas que afectan a los demandantes.

59. A la hora de valorar tal proporcionalidad, el Tribunal no necesita, dadas las circunstancias específicas del caso, determinar si el Estado búlgaro tiene derecho a privar a todos los extranjeros que residan irregularmente de los beneficios en materia de educación, por ejemplo, educación gratuita, que se ha comprometido a conceder a sus nacionales y a determinadas categorías limitadas de extranjeros [...]

60. [E]l Tribunal observa en primer lugar que los demandantes no se encontraban en situación de personas que llegaban al país de manera irregular y que posteriormente reclamaban el uso de los servicios públicos, incluida la escolarización gratuita. Aun cuando los demandantes se encontraban en situación, en cierto modo involuntaria, de extranjeros sin permiso de residencia permanente, las autoridades no plantearon objeción sustantiva alguna a su permanencia en Bulgaria y aparentemente nunca mostraron una intención seria

de proceder a su deportación. De hecho, en dicho momento, los demandantes tomaron medidas para regularizar su situación. Así pues, cualquier consideración relativa a la necesidad de detener o revertir el flujo de la inmigración ilegal no resultaba claramente de aplicación al caso de los demandantes [...] Tampoco se puede afirmar que los demandantes trataran de abusar del sistema educativo de Bulgaria. No fue elección suya asentarse en Bulgaria y continuar con su educación en dicho país, sino que fueron a vivir a Bulgaria a una edad muy temprana debido a que su madre contrajo matrimonio con un nacional búlgaro. Los demandantes no podían elegir de manera realista trasladarse a otro país y continuar allí sus estudios secundarios. Además, no existe indicación alguna de que los demandantes, que se encontraban completamente integrados en la sociedad búlgara y dominaban el idioma, tuvieran necesidades educativas especiales para las cuales sus centros educativos hubieran requerido financiación adicional.

62. No obstante, las autoridades no tuvieron en cuenta ninguno de estos aspectos [...] [N]o parece que pudieran haberlo hecho.

63. El Tribunal, por su parte, considera que, dadas las circunstancias específicas de este caso, el requisito aplicado sobre los demandantes de abonar cuotas por su educación secundaria por motivo de su nacionalidad y condición de migrantes no estaba justificado [...]

En D.H. y otros c. la República Checa, la Gran Cámara del TEDH concluyó que los miembros de un grupo se habían visto sistemáticamente excluidos del sistema de enseñanza regular, lo cual constituía un supuesto de discriminación indirecta. Esta cuestión puede resultar relevante en el caso de niños migrantes, puesto que los Estados optan por establecer un plan de estudios menos elaborado cuando se trata de migrantes a la espera de un permiso de residencia. Si bien dichos migrantes podrían no terminar residiendo en el país, los efectos de un nivel inferior de educación podrían resultar perjudiciales para su desarrollo y trayectoria futuros.

**Asunto D.H. y otros c. la República Checa (*D.H. and others v. The Czech Republic*), TEDH, Demanda N.º 57325/00, sentencia de 13 de noviembre de 2007**

183. (...) Alegan que todo lo que debe quedar establecido es que sufrieron, sin una justificación objetiva y razonable, un trato menos favorable que el reservado a los no gitanos en una situación comparable, y que esta situación suponía en este caso una discriminación indirecta.

184. En el pasado el Tribunal ya ha admitido que una diferencia de trato también podía consistir en el efecto perjudicial desproporcionado de una política o de una medida que, aunque formulada de forma neutra, tenga un efecto discriminatorio sobre un grupo (...) tal situación se analiza en una "discriminación indirecta" que no exige necesariamente que exista una intención discriminatoria (...)

198. El Tribunal reconoce que, manteniendo el sistema de escuelas especiales, el Estado acusado estuvo movido por la voluntad de encontrar una solución para los niños con necesidades educativas especiales. Comparte no obstante, las preocupaciones de otros organismos del Consejo de Europa que expresaron sus inquietudes en cuanto a la programación de un nivel inferior seguido por estas escuelas y, en particular, en cuanto a la segregación creada por este sistema (...)

202. Con respecto al consentimiento de los padres, el Tribunal observa que, según el Gobierno, este sería el elemento decisivo, sin el cual la asignación de los demandantes a las escuelas especiales no habría ocurrido. Habiéndose establecido una diferencia de trato en el presente caso, dicho consentimiento, por tanto, significaría la aceptación de esta diferencia, que era discriminatoria, es decir, la renuncia al derecho a no ser discriminado. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal requiere, no obstante que la renuncia a un derecho garantizado por el Convenio - siendo lícita - se establezca de manera inequívoca, que tenga lugar con conocimiento de causa, es decir, en base a un consentimiento informado (...).

203. En las circunstancias del caso, el Tribunal no está convencido de que los padres de los niños gitanos, como miembros de una comunidad desfavorecida y a menudo sin educación, fueran capaces de evaluar todos los aspectos de la situación y las consecuencias de su consentimiento. El mismo Gobierno ha admitido que el consentimiento en este caso revestía

la forma de una firma sobre un formulario previamente relleno, que no contenía ninguna información sobre otras posibles opciones o sobre las diferencias entre el programa de las escuelas especiales y el de otras escuelas. No parece que las autoridades nacionales hayan tomado medidas adicionales para garantizar que estos padres habían recibido toda la información necesaria para tomar una decisión informada y que eran conscientes de las consecuencias de su consentimiento para el futuro de sus hijos. (...)

204. Recordando la importancia fundamental de la prohibición de la discriminación racial (Nachova y otros, ya citada, apartado 145; Timichev, ya citado, apartado 56) la Gran Sala considera que, incluso suponiendo que las condiciones enunciadas en el apartado 202 se cumplieran, no podría admitirse la posibilidad de renunciar al derecho de no ser objeto de tal discriminación. De hecho, esta renuncia se supone de un interés público importante (...)

207. Se deduce de los hechos del caso que el proceso de escolarización de los niños gitanos no se ha rodeado de las garantías (apartado 28) que permitan asegurar que, en el ejercicio de su margen de discreción en la esfera de la educación, el Estado tuvo en cuenta las necesidades específicas de estos niños y niñas derivadas de su posición de desventaja (...) Además, al final de este proceso, los interesados fueron asignados a escuelas para niños con discapacidad mental, cuyo programa era de un nivel más bajo que el de las escuelas ordinarias, y en donde estaban aislados de la población mayoritaria. Por lo tanto, recibieron una educación que acentuó sus dificultades y comprometió su progreso personal futuro en lugar de abordar sus verdaderos problemas, ayudándoles después a integrarse en las escuelas ordinarias y desarrollar capacidades que les faciliten la vida en el seno de la población mayoritaria. El mismo Gobierno ha admitido implícitamente que las posibilidades de encontrar trabajo para los alumnos que han acudido a escuelas especiales es más limitada

208. En estas condiciones, el Tribunal, reconociendo los esfuerzos realizados por las autoridades checas para escolarizar a los niños gitanos, no está convencido de que la diferencia de trato existente entre los alumnos gitanos y los no gitanos repose en una justificación objetiva y razonable y que exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido (...)

209. El Tribunal considera finalmente que, dado que se ha establecido que la aplicación de la legislación pertinente en la época de autos tenía efectos perjudiciales desproporcionados en la comunidad gitana, los demandantes, en tanto miembros de esta comunidad necesariamente sufrieron el mismo trato discriminatorio. Esta conclusión dispensa al Tribunal de pronunciarse sobre los casos individualmente (...)

# Miembros de la Comisión Internacional de Juristas

Febrero de 2018

## Presidente en funciones

Prof. Robert Goldman, Estados Unidos

## Vicepresidente

Prof. Carlos Ayala, Venezuela

## Vicepresidente en funciones

Juez Radmila Dacic, Serbia

## Comité Ejecutivo

(Presidente) Juez Azhar Cachalia, Sudáfrica

Sra. Roberta Clarke, Barbados Canadá

Sra. Hina Jilani, Pakistán

Juez Sanji Monageng, Botswana

Sr. Belisario dos Santos Junior, Brasil

## Otros Comisionados:

Prof. Kyong-Wahn Ahn, República de Corea

Justicia Adolfo Azcuna, Filipinas

Sr. Muhannad Al-Hassani, Siria

Sr. Abdelaziz Benzakour, Marruecos

Juez Ian Binnie, Canadá

Juez Sir Nicolas Bratza, Reino Unido

Sr. Reed Brody, Estados Unidos

Prof. Miguel Carbonell, México

Dame Silvia Cartwright, Nueva Zelanda

Juez Moses Chinhengo, Zimbabwe

Prof. Sarah Cleveland, Estados Unidos

Justice Martine Comte, Francia

Justice Elizabeth Evatt, Australia

Sr. Roberto Garretón, Chile

Prof. Jenny E. Goldschmidt, Países Bajos

Prof. Michelo Hansungule, Zambia

Sra. Gulnora Ishankhanova, Uzbekistán

Sr. Shawan Jabarin, Palestina

Sra. Imrana Jalal, Fiyi

Juez Kalthoum Kennou, Túnez

Prof. David Kretzmer, Israel

Prof. César Landa, Perú

Juez Ketil Lund, Noruega

Juez Qinisile Mabuza, Suazilandia

Juez José Antonio Martín Pallín, España

Prof. Juan Méndez, Argentina

Juez Charles Mkandawire, Malawi

Sr. Kathurima M'Inoti, Kenia

Justice Yvonne Mokgoro, Sudáfrica

Juez Tamara Morschakova, Rusia

Sra. Karinna Moskalenko, Rusia

Juez Willy Mutunga, Kenia

Justice Egbert Myjer, Países Bajos

Juez John Lawrence O'Meally, Australia

Sra. Mikiko Otani, Japón

Juez Fatsah Ouguergouz, Argelia

Dr Jarna Petman, Finlandia

Prof. Mónica Pinto, Argentina

Prof. Víctor Rodríguez Rescia, Costa Rica

Sr. Alejandro Salinas Rivera, Chile

Juez Michèle Rivet, Canadá

Prof. Marco Sassoli, Suiza

Justicia Ajit Prakash Shah, India

Justicia Kalyan Shrestha, Nepal

Sr. Raji Sourani, Palestina

Sr. Wilder Tayler, Uruguay

Justice Philippe Texier, Francia

Justicia Lillian Tibatemwa-Ekirikubinza, Uganda

Juez Stefan Trechsel, Suiza

Prof. Rodrigo Uprimny Yepes, Colombia



**International  
Commission  
of Jurists**

P.O. Box 91  
Rue des Bains 33  
CH 1211 Geneva 8  
Switzerland

**t** +41 22 979 38 00  
**f** +41 22 979 38 01  
[www.icj.org](http://www.icj.org)